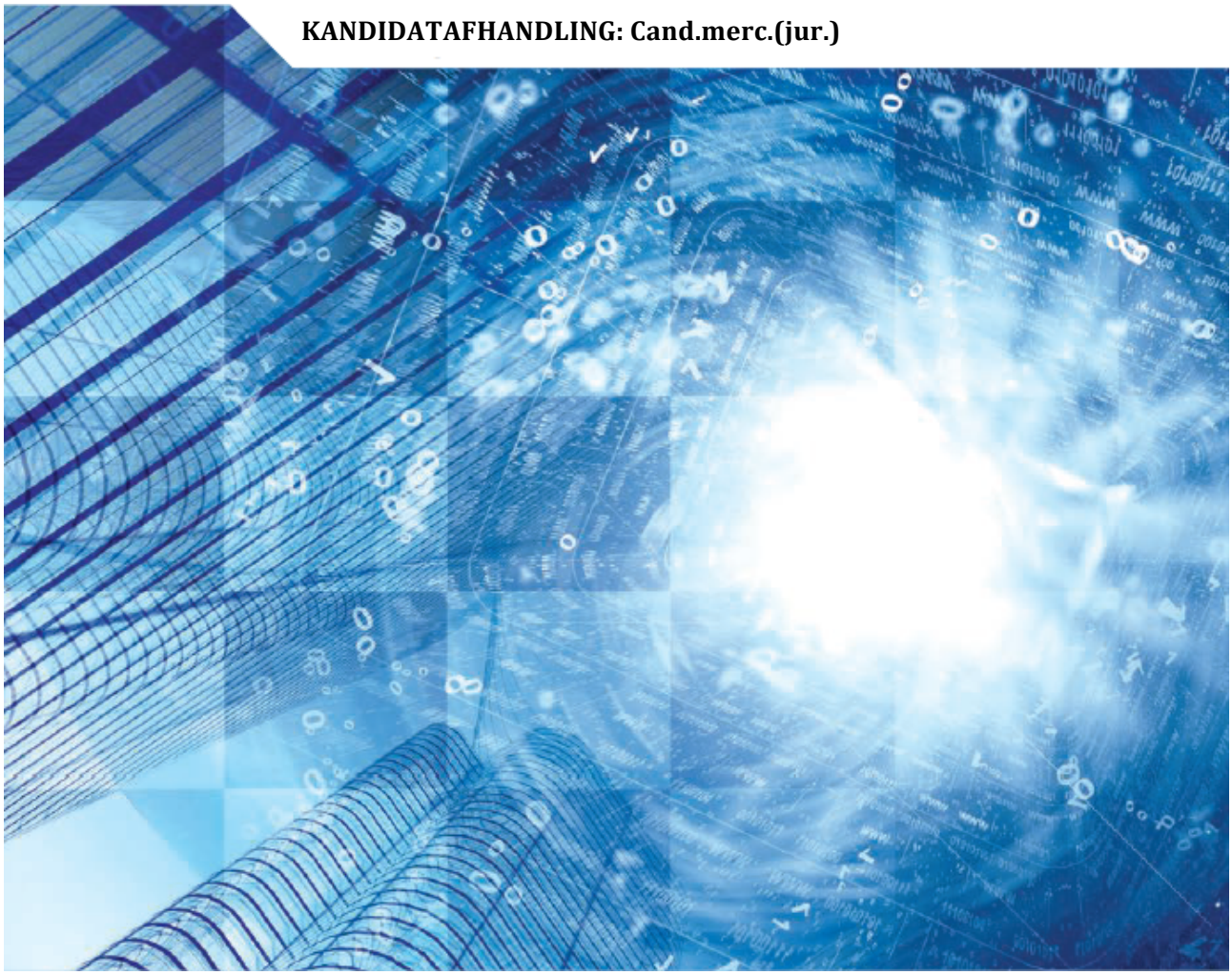
Transfer Pricing Aspekter af Immaterielle Aktiver

Transfer Pricing Aspects of Intangibles

KANDIDATAFHANDLING: Cand.merc.(jur.)



Forsidebillede: OECD, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action 8: 2014 Deliverable

Sanne Bjerregaard
Copenhagen Business School 2015

Sider: 77
Anslag: 170.485
Afleveringsdato: 27.08.2015
Juridisk vejleder: **Peter Koerver Schmidt**
Økonomisk vejleder: **Christian Plesner Rossing**

Executive summary

Globalisation has led to an increase in world trade, and the pace of integration of national economies has increased substantially in the last decade. The free movement of capital and the gradual removal of trade barriers, telecommunication and technological developments and the importance of protecting and exploiting intellectual property have resulted in an increase of cross-border activities.

As a consequence of the more globally integrated economy, companies across the world are also becoming more and more integrated. According to OECD, multinational enterprises now represent a large proportion of global GDP, and intra-firm trade represents a growing proportion of overall trade.[1] These developments have opened up opportunities for multinational enterprises to minimize their tax burden and make aggressive tax planning.

In 2013 OECD initiated Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) in order to prevent and counter aggressive tax planning. Action point 8, out of 15, in Action Plan on BEPS concerns intangibles. Intangibles have been on the OECD's agenda since 2010 and are a difficult concept to handle. The purpose of this action point is to ensure that profits are appropriately allocated in accordance with the value creation.

In September 2014 OECD published Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (2014 Deliverable), as the third and latest draft in connection with Action point 8. Parts of the document contain final revisions while portions only provide interim guidance. The purpose of this thesis is to analyse 2014 Deliverable, the development of the way intangibles are treated and how intangibles according to 2014 Deliverable conceptually should be treated. The analysis will provide an understanding of the new definition in addition to an analysis of the ownership of intangibles including the role of legal ownership compared to economic ownership.

[1] OECD (2013), *Action Plan on BEPS,* s. 7

Indholdsfortegnelse

Anvendte forkortelser og akronymer **5**

1. Præsentation af emne og metode **6**
1.1. Afhandlingens emne **6**
1.1.1. Transfer pricing 6
1.1.2. Immaterielle aktiver 7
1.1.3. Formål med afhandlingen 8
1.1.4. Problemformulering 8
1.1.5. Afgrænsning 9
1.2. Begrebsfastlæggelse og terminologi **9**
1.3. Afhandlingens metode og materiale **10**
1.3.1. Juridisk metode 10
1.3.2. Økonomisk metode 11
1.4. Disposition for afhandlingen **12**

2. Retsgrundlaget for OECD Guidelines **13**
2.1. Introduktion til OECD **13**
2.2. Artikel 9 i OECD's modeloverenskomst **14**
2.2.1. Wienerkonventionen 14
2.2.2. Intern ret 15
2.2.3. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst 17
2.3.4. OECD Guidelines 18
2.4. Sammenfatning **20**

3. Gennemgang af nuværende kapitel VI og forarbejdet til 2014 Deliverable **21**
3.1. Tidslinje over revisionen af kapitel VI frem til 2014 Deliverable **21**
3.2. Kapitel VI i OECD Guidelines **25**
3.2.1. Kommercielle immaterielle aktiver 26
3.3. Kommentarer til det fremtidige projekt om revision af kapitel VI **28**
3.4. Discussion Draft **29**
3.4.1. Identifikation af immaterielle aktiver 30
3.4.2. Identifikation af parter med ret til afkast 32
3.5. Action Plan on BEPS **34**
3.6. Sammenfatning **35**

4. Analyse af 2014 Deliverable **37**
4.1. Kapitel I-II **37**
4.2. Kapitel VI **38**
4.2.1. Funktionsanalyse 38
4.2.2. Armslængdeprisen 38
4.3. Identifikation af immaterielle aktiver **39**
4.3.1. Definition af immaterielle aktiver 39
4.3.2. Kategorier af immaterielle aktiver 42
4.3.3. Sammenfatning 51
4.4. Ejerskab til immaterielle aktiver **52**
4.4.1. Forskellen mellem ejerskabsbegreberne i relation til immaterielle aktiver 53
4.4.2. Ejerskab og kontraktvilkår vedrørende immaterielle aktiver 54
4.4.3. Funktioner, aktiver og risici i forbindelse med immaterielle aktiver 55
4.4.5. Diskussion 70
4.4.6. Sammenfatning 70

5. Retspolitiske betragtninger **72**

6. Konklusion **75**
7. Perspektivering **77**
Litteraturfortegnelse **79**

Anvendte forkortelser og akronymer

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BIAC	Business and Industry Advisory Committee
IAS	International Accounting Standards
LL	Ligningsloven
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
WP6	Working Party No. 6
OECD Guidelines	OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
Discussion Draft	Discussion Draft – Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions
Revised Discussion Draft	Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 30 July 2013
2014 Deliverable	Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action 8: 2014 Deliverable

1. Præsentation af emne og metode

1.1. Afhandlingens emne

1.1.1. Transfer pricing

Begrebet transfer pricing refererer til interne priser i transaktioner mellem selskaber i multinationale koncerner, og udgør et af den internationale skatterets hovedproblemer.[2] Multinationale koncerner har et skattemæssigt incitament til at fastsætte de interne priser således, at mest muligt af indkomsten placeres i skattelylande, der resulterer i, at den samlede koncernbeskatning minimeres.[3] Kendetegnet for multinationale koncerner er netop, at de fungerer som en samlet økonomisk enhed med en fælles målsætning. De interne priser mellem koncernforbundne selskaber, svarer derfor ikke til, hvad der normalt ville være resultatet af en forhandling mellem uafhængige parter med modsatrettede økonomiske interesser. Heraf udspringer armslængdeprincippet, der har fungeret som en internationalt anerkendt allokeringsnorm siden 1933, og hvorefter en intern pris skal svare til den pris, som under sammenlignelige omstændigheder ville være blevet aftalt mellem uafhængige selskaber.[4]

Globaliseringen har medført en stigning i verdenshandlen, og tempoet for integrationen af de nationale økonomier og markeder er steget betydeligt de senere år. Den frie bevægelighed for kapital og arbejdskraft, skiftet af vareimporten fra høj- til lavomkostningslande, den gradvise fjernelse af handelshindringer, udviklingen indenfor telekommunikation og informationsteknologi, og den stadig stigende betydning af udvikling og udnyttelse af immaterielle aktiver, har haft en betydelig indflydelse på den måde og i hvilken grad grænseoverskridende aktiviteter finder sted. I takt med, at verdens økonomier har udviklet sig til en globaløkonomi, er selskaberne ligeledes blevet mere integreret verden over, og ifølge OECD udgør multinationale koncerner nu en stor del af det globale BNP. Denne udvikling har åbnet muligheder for multinationale koncerner til i større grad at minimere deres skattebyrde og foretage aggressiv skatteplanlægning.[5]

---

[2] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 32
[3] Bundgaard et al. (2001), *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, s. 16
[4] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 34-35
[5] OECD (2013), *Action Plan on BEPS,* s. 7-8

Det har derfor været nødvendigt med internationale initiativer på netop dette område, og OECD iværksatte i 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), der adresserer disse problemstillinger, og det overordnede mål er at imødegå skadelig skatteplanlægning.[6]

1.1.2. Immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver har altid haft stor betydning for værdiskabelsen i et samfund, og kan spores mange år tilbage. Allerede i 1474 indførte Republikken Venezia en forordning om retsbeskyttelse af opfindelser.[7] Ved skiftet fra industrisamfund til videnssamfund, fik immaterielle aktiver særlig betydning, da disse i videnssamfundet danner grundlaget for værdiskabelsen, modsat industrisamfundet, hvor de fysiske produktionsmaskiner hovedsageligt skulle frembringe værdierne. Forskning og udvikling, nye organisationsformer, informationsteknologi og varemærker er derfor i centrum for værdiskabelsen. Den økonomiske globalisering har medført en intensiveret konkurrence og dermed øget udviklingen indenfor informationsteknologi, hvilket har fået virksomhederne til at sætte fokus på innovation for at opnå vedvarende konkurrencefordele.[8]

Handlingspunkt 8 i Action Plan on BEPS vedrører immaterielle aktiver, som er et af de områder indenfor transfer pricing, der har været meget fokus på i løbet af de seneste fem år. I 2010 påbegyndte OECD et nyt projekt, med det formål at revidere kapitel VI i OECD Guidelines, der omhandler immaterielle aktiver. Disse initiativer fra OECD er et udtryk for, at der stadig mangler en løsning på de skatteretlige problemer forbundet med transfer pricing og immaterielle aktiver. I september 2014 udgav OECD et dokument, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (2014 Deliverable), som ikke er helt færdigt, men når det er, har det til formål at erstatte det nuværende kapitel VI i OECD Guidelines. 2014 Deliverable danner grundlaget for denne afhandling.

[6] OECD (2013), *Action Plan on BEPS,* s. 13
[7] Schovsbo, Rosenmeier(2013), *Immaterialret*, s. 28
[8] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 724

1.1.3. Formål med afhandlingen

Formålet med afhandlingen er for det *første* at undersøge retsgrundlaget for OECD Guidelines i international skatteret. Der tages udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst, og hvilke principper der skal anvendes ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster samt en undersøgelse af, hvorvidt overenskomsterne udgør selvstændigt retsgrundlag. Dernæst en undersøgelse af retsgrundlaget og fortolkningsprincipperne for kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, og hvorvidt OECD Guidelines udgør en integreret del af disse.

Formålet med afhandlingen er for det *andet* at opnå en forståelse for udviklingen af immaterielle aktivers begrebsafgrænsning indenfor transfer pricing. Samtidig at opnå en forståelse for, hvilken tilgang OECD har haft til at revidere kapitel VI i OECD Guidelines. Hertil vil OECD's forarbejde frem til 2014 Deliverable vil blive analyseret.

Hovedformålet med afhandlingen er at analysere 2014 Deliverable, som er OECD's seneste bud på et nyt kapitel VI. Formålet med denne analyse er at opnå en forståelse for, hvordan immaterielle aktiver efter 2014 Deliverable skal behandles. Analysen inddeles i to sektioner:

- Den *første* del af analysen vedrører begrebsindholdet og identifikationen af immaterielle aktiver.
- Den *anden* del af analysen vedrører ejendomsretten til immaterielle aktiver, herunder hvilke parter der er berettiget til afkast fra disse.

Endeligt har afhandlingen til formål at frembringe retspolitiske betragtninger. Der vil blive givet et bud på, hvilke områder af 2014 Deliverable der bør ændres, og hvordan disse ændringer eventuelt kan se ud.

1.1.4. Problemformulering

Hvilken definitorisk udvikling har immaterielle aktiver gennemgået i transfer pricing sammenhænge, og hvem er ifølge 2014 Deliverable berettiget til afkast, der hidrører fra immaterielle aktiver?

1.1.5. Afgrænsning

Afhandlingens emne er afgrænset til at behandle udviklingen af OECD Guidelines kapitel VI om immaterielle aktiver, samt at analysere den seneste udgivelse fra OECD, 2014 Deliverable. Analysen vedrører identifikationen af immaterielle aktiver samt ejerskab til disse. Andre områder indenfor transfer pricing og andre kapitler i OECD Guidelines vil derfor ikke blive undersøgt. Der afgrænses ligeledes fra en gennemgang af værdiansættelse af immaterielle aktiver, da dette er et omfangsrigt område, som ligger udenfor afhandlingens formål. Til analysen af udviklingen, inddrages tidligere udgivelser fra OECD, og her afgrænses fra Revised Discussion Draft, da det er vurderet, at denne generelt er i overensstemmelse med 2014 Deliverable.

Til undersøgelsen af OECD's tilgang til at revidere kapitel VI, er inddraget kommentarer fra erhvervslivet. OECD har i alt modtaget 3.500 siders kommentarer, og der vil i afhandlingen blive fokuseret på de kommentarer, der har størst relevans. Dette gælder særligt kommentarer afgivet af de større revisionshuse.

1.2. Begrebsfastlæggelse og terminologi

I afhandlingen anvendes begrebet immaterielle aktiver konsekvent og dækker også over immaterielle rettigheder. OECD anvender i deres udkast et nyt begreb "intangibles", der erstatter det tidligere anvendte "intangible property". I afhandlingen anvendes dog stadig immaterielle aktiver, også når der refereres til OECD's "intangibles".

Intern ret anvendes i afhandlingen om den lovgivning, der eksisterer nationalt i de enkelte lande. Udtrykket uafhængige parter anvendes om selskaber, der ikke er koncernforbundne og har modsatrettede interesser. Begrebet kontrolleret transaktion anvendes om transaktioner mellem koncernforbundne selskaber med fælles interesser.

1.3. Afhandlingens metode og materiale

1.3.1. Juridisk metode

Som anført ovenfor, er hovedformålet med afhandlingen at analysere 2014 Deliverable. 2014 Deliverable er ikke endeligt vedtaget og erstatter derfor ikke på nuværende tidspunkt kapitel VI i OECD Guidelines. Men under den antagelse, at 2014 Deliverable vil blive vedtaget og indsat i OECD Guidelines, har afhandlingen til formål at analysere, hvad der udgør gældende ret på området. Til dette anvendes den retsdogmatiske metode, der har til hensigt at fastlægge gældende ret gennem en fortolkning og systematisering af anerkendte retskilder.[9]

For at analysere, hvad der udgør gældende ret, såfremt 2014 Deliverable i sin form bliver indsat i OECD Guidelines, er det nødvendigt at undersøge retsgrundlaget for OECD Guidelines. Afhandlingen indleder med en undersøgelse af retsgrundlaget og tager udgangspunkt i artikel 9 i OECD's modeloverenskomst. Her inddrages Wienerkonventionen til at fastlægge, hvilke fortolkningsprincipper der finder anvendelse på dobbeltbeskatningsoverenskomster. Herefter en undersøgelse af, hvorvidt dobbeltbeskatningsoverenskomster giver selvstændig hjemmel til beskatning i intern ret, og hvilken betydning intern ret har ved fortolkningen af disse. Når dette er fastlagt undersøges det, hvilket fortolkningsmiddel kommentarerne til OECD's modeloverenskomst udgør. Afslutningsvist, hvorvidt OECD Guidelines udgør en integreret del kommentarerne.
Til undersøgelsen inddrages Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten, der regulerer folkeretligt bindende traktater. Traktater er aftaler mellem stater og betegner en mellemfolkelig overenskomst.[10] Afhandlingen er internationalt orienteret, men som eksempel på hjemmel i intern ret, inddrages den danske Ligningslov (LL) § 2 og forarbejder til denne. Forarbejder udgør en retskilde, der kan bridrage til forståelsen af en lov.[11] Juridisk litteratur udgør ikke en bindende retskilde, men kan, som forarbejder, bidrage til forståelsen af bestemte retsområder.[12]
Afhandlingen er, som nævnt, hovedsageligt internationalt orienteret, hvilket skyldes, at regelproduktionen i vidt omfang foregår på et internationalt niveau. Samtidig vil en korrektion af indkomstfordelingen af internationale transaktioner, der relaterer sig til immaterielle aktiver, normalt involvere retsordenen i minimum to lande.

[9] Blume (2009), *Juridisk Metodelære,* s. 161
[10] Nielsen (2011), *Retskilder & Retsteorier*, s. 150
[11] Blume (2009), *Juridisk Metodelære*, s. 66 og Nielsen (2011), *Retskilder & Retsteorier*, s. 87
[12] Blume (2009), *Juridisk Metodelære*, s. 69

Retspolitiske betragtninger

Foruden at fastlægge gældende ret, har afhandlingen desuden til formål at frembringe retspolitiske betragtninger. I den forbindelse vil 2014 Deliverable blive vurderet ud fra en række retspolitiske hensyn, og der vil afslutningsvist i afhandlingen blive givet et bud på, hvordan dele af 2014 Deliverable bør ændres.[13]

Til de retspolitiske betragtninger inddrages kommentarer fra erhvervslivet. Kommentarerne udgør ikke en retskilde, men giver et indblik i, hvordan erhvervslivet mener retsstillingen på området bør være.

1.3.2. Økonomisk metode

Hovedformålet med afhandlingen er, som nævnt, at analysere udviklingen af immaterielle aktivers begrebsafgrænsning samt at opnå en forståelse for OECD's tilgang til revisionen af kapitel VI. Derudover at analysere OECD's seneste udgivelse på området, 2014 Deliverable.

Til at analysere udviklingen og OECD's tilgang vil forarbejdet frem til 2014 Deliverable blive gennemgået. Der indledes med en tidslinje, der giver et indblik i projektets omfang, og hvordan OECD har valgt at tilgå revisionen af kapitel VI. Derudover en gennemgang af det nuværende kapitel VI og Discussion Draft, som var det første udkast fra OECD, for derved at opnå en forståelse for udgangspunktet og udviklingen undervejs. Handlingspunkt 8 i Action Plan on BEPS vil ligeledes blive inddraget og denne oplister OECD's mål med arbejdet på området.

2014 Deliverable udgør analysens hovedmateriale, og identifikationen samt ejerskab til immaterielle aktiver vil blive analyseret sekventielt. Immaterielle aktiver er et økonomisk begreb, og det vil blive analyseret, hvordan disse efter 2014 Deliverable skal behandles, hvordan de defineres og identificeres. Det vil ligeledes blive vurderet, hvorvidt der er tale om en smal eller bred definition samt konsekvenserne af begge. Dernæst vil ejendomsretten til immaterielle aktiver efter 2014 Deliverable blive analyseret, samt hvilke parter der er berettiget til afkast. Det vil samtidig blive undersøgt, hvilken vægt 2014 Deliverable tillægger juridisk ejerskab i forhold til økonomisk ejerskab.

Analysen vil løbende inddrage kommentarer fra erhvervslivet. OECD har gennem hele forløbet anmodet erhvervslivet om kommentarer, både indledende kommentarer til projektet, til Discussion Draft samt Revised Discussion Draft. Disse kommentarer har til formål at bridrage til analysen, og

[13] Nielsen (2011), *Retskilder & Retsteorier*, s. 448

give et indblik i, hvordan erhvervslivet ønsker, at kapitlet skal udformes, derudover om OECD har anvendt erhvervslivets kommentarer, og i hvilket omfang.
2014 Deliverable indeholder en række eksempler, og disse vil blive inddraget til at udlede, hvordan det pågældende område skal behandles og forstås. Dele af 2014 Deliverable skal kun anses for at være foreløbig vejledning, herunder kapitlet om ejendomsret til immaterielle aktiver. I analysen skelnes der ikke mellem færdige sektioner eller foreløbige sektioner, og alle dele behandles lige.

1.4. Disposition for afhandlingen

Afhandlingen omfatter 7 kapitler. Kapitel 1 består af den indledende del og præsenterer afhandlingens emne og metode. I kapitel 2 behandles retsgrundlaget for OECD Guidelines, hvor der indledes med en introduktion til OECD. I kapitel 3 analyseres det nuværende kapitel VI i OECD Guidelines samt forarbejdet til 2014 Deliverable. I kapitel 4 analyseres 2014 Deliverable med løbende inddragelse af kommentarer fra erhvervslivet. I kapitel 5 frembringes retspolitiske betragtninger. Kapitel 6 indeholder en konklusion, hvor de væsentligste resultater sammenfattes og diskuteres. Endelig indeholder kapitel 7 en perspektivering.

2. Retsgrundlaget for OECD Guidelines

I det følgende vil retsgrundlaget for OECD Guidelines blive undersøgt. Der indledes med en kort introduktion til OECD, efterfulgt af artikel 9 i OECD's modeloverenskomst, og hvilke fortolknings-principper, der her skal anvendes. Dernæst en gennemgang af intern rets betydning for anvendelse og fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Afslutningsvist vil retsgrundlaget for kommentarerne til OECD's modeloverenskomst samt OECD Guidelines blive undersøgt.

2.1. Introduktion til OECD

OECD er en rådgivende økonomisk samarbejdsorganisation, der blev etableret i 1961 og består af 34 medlemsstater. Hovedorganet i OECD er Rådet ("the Council"), som består af én repræsentant fra hver medlemsstat samt en repræsentant fra Kommissionen.[14] OECD kan træffe beslutninger, der er bindende for medlemsstaterne eller udstede ikke-bindende anbefalinger. Både beslutninger og anbefalinger skal træffes ved enstemmighed, jf. artikel 6, stk. 1 i OECD-konventionen. OECD kan ligeledes indgå aftaler med medlemsstater, ikke-medlemsstater og andre internationale organisationer, jf. artikel 5, (c) i OECD-konventionen.

OECD er endvidere organiseret i en række komiteer med repræsentanter fra medlemsstaterne. OECD's skattekomite ("Committee on Fiscal Affairs") fastlægger arbejdsprogrammet på skatteområdet og udgør samtidig et forum for udveksling af synspunkter om skattepolitik mv. Foruden repræsentanter fra medlemsstaterne, er der en række stater, som ikke er medlemmer af OECD, der har observatørstatus i skattekomiteen. Skattekomiteens arbejde udføres af arbejdsgrupper, der primært består af eksperter fra medlemsstaterne. Kapitel VI i OECD guidelines, der analyseres i denne afhandling, er udarbejdet af Working Party No. 6 (WP6), som beskæftiger sig med beskatning af multinationale foretagender, herunder transfer pricing.[15] Som led i arbejdet inden for skatteområdet konsulterer OECD repræsentanter fra erhvervslivet og fagforeninger, her inddrages normalt Business an Industry Advisory Committee (BIAC) og Trade Union Advisory Committee.[16]

OECD Guidelines har til formål at skabe en international enighed om retsanvendelsen af armslængdeprincippet. USA har været normdannende for den internationale udvikling på dette område og

[14] http://www.oecd.org/about/
[15] OECD (2012), Directory of Bodies of the OECD, s. 264
[16] OECD (2015), *Transfer Pricing Aspects of Intangibles – News and Events* og OECD (2015), *Transfer Pricing - Latest docments*

OECD's regler om transfer pricing fra 1979 og 1995 er i vidt omfang konforme med de amerikanske regler fra henholdsvis 1968 og 1994.[17] Ved fastlæggelsen af OECD Guidelines' retskildeværdi for retsanvendelsen, er det relevant at redegøre for, hvilke fortolkningsprincipper, der danner grundlag for overenskomstfortolkning og dermed også fortolkningen af artikel 9 i modeloverenskomsten. Dette kan udledes af Wienerkonventionen. Dernæst er det væsentligt at undersøge betydningen af OECD's kommentarer, herunder OECD Guidelines, ved fortolkningen af modeloverenskomsten.

2.2. Artikel 9 i OECD's modeloverenskomst

Allokering af indkomst mellem forbundne foretagender reguleres af artikel 9 i modeloverenskomsten, hvor stk. 1 regulerer adgangen til at foretage primær korrektion og stk. 2 korresponderende korrektioner. Artiklen indeholder ikke en definition af centrale udtryk som "kontrol", "kommercielle eller finansielle forbindelser" eller "fortjeneste", hvilket kan give anledning til tvivlsspørgsmål, som skal løses ved en folkeretlig fortolkning. Straks nedenfor, vil der blive redegjort for de fortolkningsprincipper, der kan udledes af Wienerkonventionen.

2.2.1. Wienerkonventionen

Dobbeltbeskatningsoverenskomster er folkeretligt bindende traktater. Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten, finder derfor også anvendelse på dobbeltbeskatningsoverenskomster.[18] Principperne for fortolkningen af folkeretlige traktater er fastlagt i artikel 31-33 i Wienerkonventionen, og der er i skatteretspraksis henvist direkte til Wienerkonventionen i flere lande.[19] Således kan dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke uden videre ved fortolkningen sidestilles med interne skatteregler.[20]

Wienerkonventionen indeholder i artikel 31 en almindelig regel om fortolkning, og artikel 32 en bestemmelse om supplerende fortolkningsmidler. Ifølge artikel 31, stk. 1, skal en traktat fortolkes loyalt ("in good faith") og der skal lægges særlig vægt på ordlyden. Dvs. når et udtryk er defineret i overenskomsten, skal udtrykket fortolkes i overensstemmelse med denne definition, uanset at den pågældende stats interne ret fortolker udtrykket anderledes.[21] Desuden skal folkeretlige traktater hovedsageligt fortolkes objektivt og i overensstemmelse med den sædvanlige betydning. Udtryk

[17] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 44
[18] Michelsen (2003), *International Skatteret*, s. 59
[19] TfS 2003, 222 H (Danmark), Rt 1994/752 (Norge), RÅ 1996, ref. 84 (Sverige)
[20] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 33-34
[21] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 40

skal fortolkes i deres sammenhæng og belyses af traktatens hensigt og formål, jf. Wienerkonventionen artikel 31, stk. 1. Et udtryk kan dog tillægges særlig betydning efter artikel 31, stk. 4, hvis det kan godtgøres, at denne særlige betydning var begge staters hensigt.

Som nævnt regulerer artikel 32 i Wienerkonventionen betydningen af supplerende fortolkningsmidler, og disse kan tages i betragtning, hvis artikel 31 har ført til et flertydigt eller uklart resultat, eller hvis det er tydeligt at fortolkningsresultatet er meningsløst eller urimeligt. I denne sammenhæng har forarbejder kun begrænset betydning og der bør formentlig kun inddrages materiale, der viser begge staters opfattelse.[22]

Er overenskomsten affattet på to sprog, og er det ikke i overenskomsten angivet, at den ene version skal tillægges større vægt end den anden, skal der ifølge Wienerkonventionen artikel 33 lægges lige stor vægt på begge versioner.

2.2.2. Intern ret

Den gyldne regel

En dobbeltbeskatningsoverenskomst fordeler indkomsten mellem de kontraherende stater og er kendetegnet ved, at den kun kan lempe beskatning efter intern lovgivning. Overenskomsten giver således ikke selvstændig hjemmel til beskatning. Dette centrale princip i international skatteret er betegnet som "den gyldne regel".[23] Den gyldne regel er almindeligt accepteret i de fleste stater, der kan dog være visse variationer med hensyn til princippets rækkevidde.[24] Ifølge modeloverenskomstens artikel 9, stk. 1, kan de kontraherende stater foretage en priskorrektion af kontrollerede transaktioner efter armslængdeprincippet. Hvorledes de kontraherende stater kan udnytte denne ret afhænger af, om intern lovgivning indeholder hjemmel til en sådan priskorrektion. Den gyldne regel finder altså også anvendelse på artikel 9, stk. 1, og der er enighed i litteraturen om, at artikel 9, stk. 1, ikke afgiver selvstændig hjemmel til beskatning.[25]

Dog var der tidligere i tysk teori fortalere for, at artikel 9, stk. 1, udgjorde selvstændigt retsgrundlag for beskatning, og de kontraherende stater blev anset for, som følge af overenskomsten, at være forpligtet til at foretage en korrektion, når betingelserne herfor var opfyldt. Bundesfinanzhof har

[22] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 42
[23] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 204
[24] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 35
[25] Bundgaard, et al. (2001), *Armslængdeprincippet og transfer pricing*, s. 83, Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 205, Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 35, og Michelsen (2003), *International Skatteret*, s. 50

dog senere afvist denne fortolkning, og gennem domme fastslået, at artikel 9, stk. 1 giver lovgiver mulighed for at indføre regler på området, og der kan kun foretages beskatning, hvor dette følger af intern tysk lovgivning.[26]

Som eksempel på hjemmel til priskorrektion i intern ret, kan nævnes den centrale armslængderegel i dansk skatteret, som findes i LL § 2 og var et led i dansk tilpasning til international skatteret. Ordlyden af LL § 2 omtaler ikke armslængdeprincippet i OECD's modeloverenskomst eller OECD Guidelines, men det kan udledes af forarbejderne, at LL § 2, hviler på et armslængdeprincip, og at Danmark har tilsluttet sig OECD Guidelines:

> *"Det er et internationalt anerkendt princip, at interesseforbundne parter skal handle på armslængde vilkår. OECD har udsendt retningslinier om hvilke principper og fremgangsmåder, som internationalt kan anerkendes ved ligningen i transfer pricing sager. Disse retningslinier er baseret på armslængde princippet. Samtlige OECD-lande - herunder Danmark - har tilsluttet sig disse retningslinier. De nye danske regler indført ved lov nr. 131 af 25. februar 1998 om ændring af skattekontrolloven og skattestyrelsesloven er således også i overensstemmelse med OECD's retningslinier."*[27]

Det fremgår således ikke eksplicit, at armslængdeprincippet i LL § 2 skal fortolkes konformt med artikel 9, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst. Men følger implicit, da der refereres til de grundlæggende principper for transfer pricing.

Betydningen af intern ret ved fortolkningen af overenskomster

I tilfælde, hvor et forhold ikke er reguleret af overenskomsten, er anvendelsen af internretlig fortolkning diskuteret i den skatteretlige teori.

OECD's modeloverenskomst artikel 3, stk. 2, er en generel henvisning til intern ret, hvorefter anvendelsen af intern lovgivning ved overenskomstfortolkningen, er nødvendig når et udtryk ikke er defineret i overenskomsten og betydningen ikke kan udledes af sammenhængen. Artiklen giver ikke et klart svar på, hvornår et ikke defineret udtryk skal fortolkes i overensstemmelse med den internretlige forståelse. Den overvejende opfattelse i teorien synes at være, at ikke definerede udtryk så vidt muligt skal fortolkes autonomt, dvs. at nå frem til et fortolkningsresultat uden at ind-

[26] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 206
[27] LSF 101 af 2. juni 1998

drage intern ret.[28] Som støtte for en autonom fortolkning peger Wittendorff på, at hvis et udtryk ikke er defineret i en overenskomst, men i stedet er defineret i OECD's kommentarer, kan dette begrunde en autonom fortolkning baseret på kommentarerne.[29]

2.2.3. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst

Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst er udarbejdet af skattekomiteen med det formål at illustrere eller fortolke artiklerne.[30] Medlemsstaterne kan tage forbehold over for artiklerne i modeloverenskomsten og over for fortolkningen i kommentarerne.[31] Et forbehold over for kommentarerne er som regel et udtryk for, at medlemsstaten er uenig i den fortolkning, som fremgår af kommentarerne.

Som nævnt ovenfor, kan OECD ifølge OECD-konventionen artikel 6, stk. 1 udstede ikke-bindende anbefalinger, og retsgrundlaget for OECD's kommentarer er en anbefaling fra Rådet til medlemsstaterne om, at skattemyndighederne følger disse kommentarer ved anvendelsen og fortolkningen af overenskomster, der er baseret på modeloverenskomsten.[32] OECD's modeloverenskomst med kommentarer, samt OECD Guidelines, har ikke status som en folkeretligt bindende traktat, og det er derfor vanskeligt at indplacere betydningen af kommentarerne i Wienerkonventionens regler om fortolkning. Spørgsmålet er endvidere omdiskuteret i den internationale skatteretlige teori.[33]

Den mest udbredte opfattelse i teorien er, at kommentarerne udgør et primært fortolkningsmiddel efter Wienerkonventionens artikel 31.[34] Dette kan begrundes med, at OECD's modeloverenskomst med kommentarer har skabt en international skatteretlig terminologi og dermed fastsætter den *sædvanlige betydning* af formuleringerne i en overenskomst, hvilket er i tråd med Wienerkonventionens artikel 31, stk. 1.[35] Betydningen af OECD's kommentarer kan desuden forklares med, at fortolkningen skal ske i lyset af *hensigten og formålet* med overenskomsten, jf. artikel 31, stk. 1. Ifølge OECD's kommentarer, er et af formålene med modeloverenskomsten at sikre en harmoniseret fortolkning.[36] Der er desuden flere fordele forbundet med en harmoniseret fortolkning, herunder at de forskellige stater fortolker dobbeltbeskatningsoverenskomsternes udtryk på samme måde. Interna-

---

[28] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 57, Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 162 og Michelsen (2003), *International Skatteret*, s. 70
[29] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 162
[30] OECD's modeloverenskomst (2010), *introduktionen*, pkt. 28
[31] OECD's modeloverenskomst (2010), *introduktionen*, pkt. 30-31
[32] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 151
[33] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 50 og Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 150
[34] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 50-51, Wittendorff, (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 152 og Michelsen (2003), *International Skatteret*, s. 61
[35] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 152
[36] OECD's modeloverenskomst (2010), *introduktionen*, pkt. 5

tional skattepraksis bestræber sig ligeledes på at nå frem til en fælles fortolkning og en fælles forståelse af overenskomsternes udtryk.[37]

Følger en overenskomst ordlyden af en modeloverenskomst, må det derfor formodes, at de kontraherende stater har haft til hensigt at tillægge overenskomstens udtryk den betydning, som de har i OECD's kommentarer.

Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst bliver revideret jævnligt, hvilket leder til spørgsmålet om, hvorvidt der skal foretages statisk eller dynamisk fortolkning. Dvs. hvorledes det er kommentarerne på aftaletidspunktet eller beskatningstidspunktet, der skal anvendes ved overenskomstfortolkningen. Udgangspunktet for folkeretlig fortolkning af traktater er, at der skal lægges vægt på den betydning som et udtryk havde på aftaletidspunktet. Når det netop er fastslået, at OECD's kommentarer er omfattet af Wienerkonventionens artikel 31, stk. 1, skal der derfor foretages en statisk fortolkning. Dette udelukker dog ikke, at nye kommentarer kan have betydning for fortolkningen af en eksisterende overenskomst. Dette gælder tilfælde, hvor disse nye kommentarer er udtryk for præciseringer og ikke ændringer.[38] OECD's kommentarer angiver, at der så vidt muligt bør fortolkes i overensstemmelse med nye kommentarer, dvs. en dynamisk fortolkning, når de nye kommentarer ikke er udtryk for en egentlig ændring af modeloverenskomsten.[39]

2.3.4. OECD Guidelines

OECD har valgt at udskille kommenteringen af artikel 9 i en særskilt rapport, OECD Guidelines. Den retskildemæssige betydning af OECD Guidelines bliver berørt i kommentarerne:

> *"…Komiteen har udført et betragteligt arbejde (og fortsætter hermed) med at undersøge betingelserne for anvendelsen af denne artikel, dens konsekvenser og de forskellige metoder, der kan anvendes til at regulere fortjeneste, når transaktionerne ikke er foretaget på armslængdevilkår. Komiteens konklusioner er indeholdt i rapporten "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", der opdateres periodisk for at afspejle de fremskridt, som gøres på dette område. Rapporten repræsenterer internationalt*

[37] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 46
[38] Winther-Sørensen, et al. (2013), *Skatteretten 3*, s. 51
[39] OECD's modeloverenskomst (2010), *introduktionen*, pkt. 33

anerkendte principper og giver retningslinjer for anvendelsen af armslængdeprincippet, som det er stadfæstet i artiklen."[40]

Herved udgør OECD Guidelines en integreret del af OECD's kommentarer til artikel 9, og skal derfor også tillægges den samme retskildeværdi som kommentarerne ved en overenskomstfortolkning. OECD Guidelines er således ikke folkeretligt bindende, men udgør et primært fortolkningsmiddel i henhold til Wienerkonventionens artikel 31.

Formålet med OECD Guidelines er at skabe en internationalt harmoniseret fortolkning af armslængdeprincippet i artikel 9, stk. 1.[41] OECD Guidelines er en vejledning til både skattemyndighederne og skatteyderne, og tilstræber en rimeligt afvejning af begge parters interesser.[42] Medlemsstaterne har ikke mulighed for at tage forbehold for indholdet af OECD Guidelines, og herved adskiller de sig fra OECD's kommentarer til modeloverenskomsten.[43]

I citatet ovenfor nævnes det, at OECD Guidelines bliver opdateret periodisk, og det må antages, at udgangspunktet, på lige fod med kommentarerne, er at der skal anvendes en statisk fortolkning. Ved ændringer skal der således lægges vægt på betydningen på aftaletidspunktet. Er der derimod tale om en præcisering af et udtryk, skal denne fortolkes dynamisk.

Denne afhandling har til formål at analysere det 2014 Deliverable, og selvom det er anført i forordet til udkastet, at dokumentet har til formål at erstatte det eksisterende kapitel VI i OECD Guidelines, er der dog sektioner i kapitlet, som endnu ikke står helt færdige. Kapitlet erstatter derfor ikke det oprindelige kapitel før det er endeligt og sat ind i OECD Guidelines i sammenhæng med de andre kapitler.

Når det nye kapitel VI bliver sat ind i OECD Guidelines og erstatter det oprindelige kapitel, skal det vurderes, hvorvidt der er tale om en ændring eller en præcisering på området for immaterielle aktiver. Eftersom kapitlet har gennemgået en komplet revision, må det antages, at der er tale om ændring og at der skal anvendes en statisk fortolkning.

---

[40] OECD's modeloverenskomst (2010), *kommentarerne til artikel 9*, pkt. 1
[41] OECD Guidelines (2010), *forord*, pkt. 7 og 10
[42] OECD Guidelines (2010), *forord,* pkt. 15
[43] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet,* s. 260

2.4. Sammenfatning

Sammenfattende kan det konstateres, at dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke giver selvstændig hjemmel til beskatning. Derudover skal de fortolkes loyalt, med særlig vægt på ordlyden og i overensstemmelse med den sædvanlige betydning. Så vidt muligt skal der også fortolkes autonomt.

Det kan udledes af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, at OECD Guidelines udgøre en integreret del af disse. Kommentarerne har ikke status som en folkeretligt bindende traktat, men udgør et primært fortolkningsmiddel, og det formodes, at hvis en overenskomst følger ordlyden af OECD's modeloverenskomst, har det været de kontraherende staters hensigt, at tillægge overenskomstens udtryk i overensstemmelse med kommentarerne.

3. Gennemgang af nuværende kapitel VI og forarbejdet til 2014 Deliverable

3.1. Tidslinje over revisionen af kapitel VI frem til 2014 Deliverable[44]

De følgende afsnit har til formål at danne et overblik over projektets omfang samt processen for OECD's arbejde med transfer pricing og immaterielle aktiver.

2. jul 2010	*OECD overvejer revision af OECD Guidelines kapitel VI* WP6 er i gang med en afgrænsning af det nye projekt, og ønsker derfor kommentarer fra erhvervslivet.[45]
22. jul 2010	*OECD godkender 2010 udgaven af OECD Guidelines* Kapitel VI er stort set uændret fra 1995-versionen.[46]
23. sep 2010	*OECD offentliggør modtagne kommentarer* På baggrund af WP6's anmodning om kommentarer den 2. juli.[47]
10. nov 2010	*OECD drøfter projektets afgrænsning med kommentatorer* Næsten 50 bidrog med kommentarer til WP6's nye projekt vedrørende immaterielle aktiver. OECD mødtes med kommentatorerne fra den private sektor for at drøfte deres kommentarer på området. Michelle Levac, formand for WP6, understreger vigtigheden af at modtage input fra erhvervslivet, især i det tidlige stadie i projektet. Ligeledes at involvere økonomier udenfor OECD, da også nogle af disse er stødt på tvivlsspørgsmål i forbindelse med transfer pricing aspekter af immaterielle aktiver.[48]

[44] OECD (2015), *Transfer Pricing Aspects of Intangibles – News and Events* og OECD (2015), Transfer Pricing - *Latest docments*
[45] OECD (2010), *OECD invites comments on the scoping of its future project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles*
[46] OECD (2010), *OECD approves the 2010 Transfer Pricing Guidelines*
[47] OECD (2010), *Comments received on the scoping of a new project*
[48] OECD (2010), *OECD meets with business commentators in the scoping of its projet on the transfer pricing aspects of intangibles*

27. jan 2011	*OECD offentliggør afgrænsning af det nye projekt*[49]
16. nov 2011	*OECD diskuterer definition og ejerskab af immaterielle aktiver med erhvervslivet* Udvalgte fra WP6 mødes med repræsentanter fra erhvervslivet for bl.a. at diskutere definitionen af goodwill og brand. Chris Lennon, formand for BIAC Tax Committee, understreger, at det altovervejende formål med dette projekt, er for erhvervslivet at opnå et sæt regler, der kan eliminere dobbeltbeskatning. Hertil påpeger han, at en konsekvent anvendelse af definitioner er et centralt element for at opnå dette.[50]
27. mar 2012	*Første Global Forum om Transfer Pricing* OECD afholder det første Global Forum om Transfer Pricing, hvor skatteembedsmænd fra 90 lande når til enighed om et behov for at simplificere transfer pricing reglerne, styrke retningslinjerne for immaterielle aktiver og forbedre effektiviteten ved løsning af tvister mellem skattemyndigheder og skatteydere. OECD's generalsekretær understreger, at tiden er kommet til at reglerne skal forenkles og samtidig mindske den administrative byrde for skattemyndighederne og skatteyderne. Det pointeres samtidig, at komplicerede regler, kan være en hindring for grænseoverskridende handler og investeringer, hvilket lægger en stor byrde på både skattemyndighederne og virksomhederne.[51]
6. jun 2012	*OECD offentliggør Discussion Draft* Første udkast til revision af kapitel VI i OECD Guidelines. Erhvervslivet anmodes samtidig om at kommentere på udkastet.[52]

[49] OECD (2011), *OECD releases a scoping document for its new project on the transfer pricing aspects of intangibles*
[50] OECD (2011), *OECD meets with business commentators in the valuation of intangibles for transfer pricing purposes 7-9 November 2011*
[51] OECD (2012), *Tax: OECD to simplify transfer pricing rules*
[52] OECD (2012), *Discussion Draft*

24. sep 2012 — *OECD offentliggør kommentarer til Discussion Draft*

På verdensplan har 70 forskellige virksomheder bidraget med deres kommentarer til udkastet. Kommentarerne fylder mere end 1000 sider.[53]

23. nov 2012 — *OECD diskuterer Discussion Draft med erhvervslivet*

Mere end 100 repræsentanter fra den private sektor er mødt op. Will Morris, formand for BIAC Tax Committee, udtrykker på dette møde en påskønnelse af den tidlige udgivelse af Discussion Draft og muligheden for erhvervslivet for at deltage i udviklingen og udarbejdelsen af revi-derede retningslinjer for vigtige transfer pricing spørgsmål, herunder immaterielle aktiver.[54]

12. feb 2013 — *OECD offentliggør Addressing BEPS*

OECD har på opfordring af G20-landene udarbejdet en rapport, der adresserer BEPS. Rapporten har til formål dybdegående at præsentere de problemstillinger, der relaterer sig til BEPS. Rapporten giver et overblik over de centrale principper, der ligger til grund for beskatning af grænseoverskridende aktiviteter, samt de BEPS-muligheder disse principper kan være med til at skabe. På området for transfer pricing og immaterielle aktiver, konkluderer rapporten, at de nugældende regler giver mulighed for at flytte risiko og opdele ejerskab af aktiver koncern-internt, på en måde, der ikke ville have fundet sted mellem uafhængige parter. Det nævnes, at reglerne ligefrem opfordrer til, at et moderselskab og datterselskab i forskellige retsområder finansieres ved gæld i stedet for kapital. Rapporten anbefaler, at der hurtigt skal udvikles en indgribende handlingsplan for at løse BEPS problemstillingen.[55]

19. jul 2013 — *OECD udgiver Action Plan on BEPS*

Handlingsplan, der bygger videre på tankerne bag "Addressing BEPS", og indeholder 15 handlingspunkter, der alle har til formål at løse og

[53] OECD (2012), *Comments received to the discussion draft*
[54] OECD (2012), *OECD meets with business commentators on the discussion drafts on Intangibles, Safe Harbours and Timing Issues*
[55] OECD (2013), *Addressing BEPS*

imødegå skadelig skatteplanlægning. OECD's generalsekretær udtaler i forbindelse med udgivelsen: "This Action Plan, which we will roll out over the coming two years, marks a turning point in the history of international tax co-operation."[56] OECD sender et ambitiøst signal ved at sætte en deadline sammen med konkrete handlingsplaner.

30. jul 2013 — *OECD offentliggør Revised Discussion Draft*

På baggrund af de modtagene kommentarer, opdaterer og bygger Revised Discussion Draft videre på den tidligere Discussion Draft. Samtidig inviteres igen til kommentarer fra erhvervslivet.[57]

22. okt 2013 — *OECD offentliggør kommentarer til Revised Discussion Draft*

Igen har næsten 70 forskellige virksomheder givet deres bidrag.[58]

12-13. nov 2013 — *OECD afholder offentlig høring vedr. transfer pricing*

150 repræsentanter fra erhvervslivet og delegerede fra mere end 35 lande, deltager i Paris. Der bliver bl.a. diskuteret Revised Discussion Draft og Action Plan on BEPS.[59]

16. sep 2014 — *OECD udgiver Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*

På baggrund af Action Plan on BEPS handlingspunkt 8, udgiver OECD ny vejledning til transfer pricing på området for immaterielle aktiver. En del af dokumentet står færdigt, mens andre sektioner forventes endelig færdiggjort september 2015.[60]

Som tidslinjen ovenfor illustrerer, har det været - og er det stadig, en omfattende og tidskrævende proces at definere klare retningslinjer på området for transfer pricing og immaterielle aktiver. Processen er tidskrævende, da WP6 i høj grad har ønsket input fra erhvervslivet, og samtidig involveret økonomier udenfor OECD. Processen er omfattende idet, der ønskes en fremstilling af klare retningslinjer, der kan anvendes konsistent af skattemyndighederne og derved også minimerer eller

[56] OECD (2013), *Closing tax gaps – OECD launches Action Plan on BEPS*
[57] OECD (2013), *OECD invites public comments on the Revised Discussion Draft*
[58] OECD (2013), *OECD publishes comments received on the Revised Discussion Draft*
[59] OECD (2013), *OECD consults on transfer pricing matters*
[60] OECD (2014), *2014 Deliverable*

eliminerer dobbeltbeskatning, som Chris Lennon, formand for BIAC Tax Committee, har udtalt på møderne med WP6.

3.2. Kapitel VI i OECD Guidelines

I dette afsnit vil hovedpunkterne i kapitel VI i OECD Guidelines fra 2010 blive gennemgået. Der ønskes en forståelse for, hvordan de nuværende Guidelines begrebsmæssigt afgrænser immaterielle aktiver.

Indledningsvist i OECD Guidelines defineres begrebet med følgende ordlyd:

> *"For the purposes of this chapter, the term "intangible property" includes rights to use industrial assets such as* ***patents, trademarks, trade names, designs or models****. It also includes* ***literary and artistic property rights****, and intellectual property such as* ***know-how and trade secrets****."*[61]

Denne begrebsafgrænsning står ikke som en udtømmende eksemplifikation af immaterielle aktiver. Derimod er definitionen bred og generel, og fremstår på en måde, hvor der fra OECD's side ikke risikeres at nogle immaterielle aktiver ikke er omfattet. Der er heller ikke i denne version af OECD Guidelines fastsat generelle kriterier til vurdering af, hvornår der eksisterer et immaterielt aktiv, og den nærmere begrebsudfyldning er derfor overladt til intern skatteret.[62]

OECD Guidelines kapitel VI fra 2010 behandler kun industrielle rettigheder, dvs. immaterielle aktiver, der relaterer sig til kommercielle aktiviteter[63], da disse anses for at have størst erhvervsmæssig betydning. Foruden at kommercielle immaterielle aktiver anvendes som et overordnet begreb igennem kapitlet, sondres der mellem to underbegreber:

1. Immaterielle produktionsaktiver ("trade intangibles")
2. Marketingaktiver ("marketing intangibles")

[61] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.2
[62] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet*, s. 743
[63] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.2

Denne inddeling i kategorier anvendes, fordi immaterielle aktiver som regel opnår og skaber værdi på forskellig vis.[64]

3.2.1. Kommercielle immaterielle aktiver

Kommercielle immaterielle aktiver anvendes som en samlet betegnelse for immaterielle aktiver, der relaterer sig til transfer pricing. Det anføres i pkt. 6.3, at kommercielle immaterielle aktiver omfatter patenter, knowhow, designs og modeller til brug for produktion af en vare eller levering af en service. Også immaterielle rettigheder, der i sig selv er et erhvervsaktiv som bliver overført til kunder eller brugt i den daglige drift, er omfattet (eksempelvis software).[65]

Immaterielle produktionsaktiver

Produktionsaktiver er ofte resultatet af langvarige forsknings- og udviklingsprojekter, der både er omkostningstunge og risikofyldte. Kendetegnet er, at udvikleren vil forsøge at få dækket sine udgifter og opnå et overskud ved salg af produkter, servicekontrakter og licensaftaler. Som eksempler på produktionsaktiver nævner OECD Guidelines patenter, knowhow, forretningshemmeligheder og modeller. Overordnet defineres produktionsaktiver som kommercielle immaterielle aktiver, der falder udenfor kategorien marketingaktiver.[66] Definitionen af marketingaktiver uddybes straks nedenfor.

Marketingaktiver

Marketingaktiver udnyttes ved salg og markedsføring af varer og tjenesteydelser. Som eksempler på marketingaktiver nævner OECD Guidelines varemærker og varenavne, kundelister, distributionsnetværk, unikke navne, symboler eller billeder med salgsfremmende betydning for det pågældende produkt.[67] Det er som regel ikke stiftelsen af den juridiske ejendomsret til et marketingaktiv, der er omkostningstung, men derimod en vedvarende indsats med markedsføringskampagner og andre aktiviteter over en længere periode, som gør det kostbart at tilføre marketingaktivet værdi og på samme tid at opretholde værdien.[68] OECD Guidelines pointerer, at et varenavn (som ofte er firmanavnet) kan have den samme afsætningsvirkning som et varemærke, i disse tilfælde kan arms-

[64] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet,* s. 744
[65] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.3
[66] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.3 *og* Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet,* s. 744
[67] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.4
[68] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.9

længdeprincippet kræve en betaling for retten til at udnytte firmanavnet, også selvom et datterselskab er registreret med firmanavnet[69].

Knowhow og forretningshemmeligheder kan ifølge OECD Guidelines både kvalificeres som produktions- og marketingaktiver. Begrebet knowhow defineres i overensstemmelse med pkt. 11 i kommentarerne til artikel 12 i OECD's modeloverenskomst:

> *"[Know-how] generally corresponds to undivulged information of an industrial, commercial or scientific nature arising from previous experience, which has practical application in the operation of an enterprise and from the disclosure of which an economic benefit can be derived"*[70]

Det understreges af OECD, at der kan være tilfælde, hvor immaterielle produktionsaktiver (eksempelvis et patent) har så god kvalitet, at det på samme tid kan have en værdiskabende effekt for marketingaktivet.[71] I disse tilfælde, kan det være vanskeligt at adskille afkastet fra aktiverne, når de anvendes til både fremstilling og salg af varer. Som eksempel nævner OECD forskningsorienterede industrier, hvor varemærket eller firmanavnet har afgørende betydning for at sikre tilstrækkelig indtjening til at dække tidligere forskning og opstart af nye projekter. Det gælder særligt patenter, da disse er tidsbegrænsede, og en anerkendelse af varemærket har derfor afgørende betydning for produktets levedygtighed efter patentets ophør eller tilmed i tilfælde, hvor der ikke blev udviklet et patent.[72]
Det noteres ligeledes, at der bør udvises forsigtighed ved vurderingen af, hvorvidt der forelægger et produktions- eller marketingaktiv, da det eksempelvis ikke er alle forsknings- og udviklingsprojekter, der resulterer i et produktionsaktiv. Det er heller ikke alle markedsføringsaktiviteter, der skaber et marketingaktiv.[73]

Som det fremgår af ovenstående, virker kapitel VI lidt rodet, begrebsafgrænsningen er ikke udtømmende og de nævnte eksempler er ikke uddybet. Det overordnede begreb, kommercielle immaterielle aktiver, er blandet sammen med underbegreberne immaterielle produktionsaktiver og marketingaktiver, som også begrebsmæssigt er viklet lidt ind i hinanden.

---

[69] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.10 *og* Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet,* s. 745
[70] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.5
[71] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.9
[72] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.12 *og* Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet,* s. 746
[73] OECD (2010), *OECD Guidelines,* pkt. 6.6

3.3. Kommentarer til det fremtidige projekt om revision af kapitel VI

Som nævnt i tidslinjen ovenfor, efterspurgte OECD i juli 2010 kommentarer fra erhvervslivet vedrørende input til en eventuel revision af kapitel VI om immaterielle aktiver. OECD ønskede svar på fire overordnede spørgsmål:

1. Hvad er de største problemer i praksis i relation til transfer pricing aspekter af immaterielle aktiver?
2. Hvad mangler i de eksisterende Guidelines?
3. På hvilke områder kan OECD med fordel gøre et yderligere stykke arbejde?
4. Hvordan ser det endelige output ud?

Det fremgår tydeligt af kommentarerne, at der er enighed blandt virksomhederne om at, der i praksis opstår problemer på netop dette område, og at de eksisterende guidelines mangler elementer til en bedre vejledning til håndteringen af immaterielle aktiver. Spørgsmålene fra OECD overlapper hinanden og det fremgår også af de svar virksomhederne har givet. En sammenfatning af svarene fra erhvervslivet til ovenstående spørgsmål vil blive gennemgået.

Der er bred enighed om, at de eksisterende Guidelines mangler en skarpt afgrænset definition af immaterielle aktiver, og at OECD skal arbejde med at forbedre netop denne del. Der efterspørges en konkret definition af de enkelte typer af immaterielle aktiver, herunder god ledelse, risikofyldte aktiviteter, goodwill, ongoing concern value samt medarbejderstab. Der ønskes endvidere en tydeliggørelse af, hvorvidt der skal skelnes mellem definitionen af immaterielle aktiver i transfer pricing henseender og den definition, der anvendes i regnskabssammenhænge.[74] Endelig vedrørende definitionen, ønskes det gjort klart, om denne begrænser sig til immaterielle aktiver, der kan overføres separat eller om definitionen er udvidet til også at omfatte de aktiver, der ikke kan overføres separat fra virksomheden, ligesom goodwill og ongoing concern value.[75]

Der er ligeledes enighed om, at OECD Guidelines mangler en vejledning angående rollen for juridisk ejerskab, og hvordan dette relaterer til økonomisk ejerskab eller funktionelt ejerskab, samt hvordan belønningen for disse ejerskabsformer skal opgøres. Det ønskes klargjort, hvilke faktorer der

[74] OECD (2010), *Comments received on the scoping of a new project,* EY, KPMG, PwC
[75] OECD (2010), *Comments received on the scoping of a new project,* KPMG

afgør om en juridisk enhed har økonomisk ejerskab, herunder hvorledes risikoinvesteringer og udvikling spiller ind.[76]

I relation til ejerskab er et af de største problemer som virksomhederne møder i praksis, hvem der har ejendomsretten til fællesudviklede immaterielle aktiver. Ligeledes aktiver, hvor en part udvikler på vegne af en anden part eller videreudvikler aktivet yderligere og den originale udvikler ikke har taget del i videreudviklingen.[77]

Flere virksomheder foreslår til det endelige output, at det vil være en stor hjælp, hvis OECD udvikler en række praktiske eksempler, der illustrerer principperne og at disse enten kan være en del af vejledningen eller vedlagt som bilag.[78]

3.4. Discussion Draft

På baggrund af ovenstående kommentarer fra erhvervslivet, offentliggjorde OECD allerede i 2012 den første Discussion Draft og dermed det foreløbige arbejde med revision af området for immaterielle aktiver. Udgivelsen af denne sker mere end et år tidligere end forventet, og OECD signalerer dermed, at de tager arbejdet på dette område seriøst. Samtidig gives der udtryk for, at erhvervslivets kommentarer og inddragelse ønskes allerede fra det tidlige stadie i processen. Erhvervslivet er enormt positive overfor den tidlige offentliggørelse og sætter stor pris på muligheden for at komme med kommentarer til det tidlige udkast.[79]

I det følgende vil hovedpunkterne i Discussion Draft blive gennemgået for derved at opnå en forståelse for udviklingen fra det oprindelige kapitel VI i OECD Guidelines. Det vil blive undersøgt, hvorvidt OECD på dette stadie har anvendt erhvervslivets indledende kommentarer til projektet om en revision af kapitel VI, foruden en inddragelse af kommentarerne til Discussion Draft.

Dette foreløbige udkast består overordnet af to dele, den første del er et forslag til revision af bestemmelserne i kapitel VI i OECD Guidelines, og den anden del er et forslag til revision af bilagene til

[76] OECD (2010), *Comments received on the scoping of a new project,* EY, KPMG, PwC
[77] OECD (2010), *Comments received on the scoping of a new project,* EY, PwC
[78] OECD (2010), *Comments received on the scoping of a new project,* EY, KPMG
[79] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft*

kapitel VI. Bilagene består af eksempler, der illustrerer anvendelsen af de reviderede bestemmelser i kapitlet,[80] og opfylder dermed erhvervslivets ønske om praktiske eksempler.

Allerede ved et overblik over indholdsfortegnelsen, er det tydeligt, at OECD har taget ovenstående kommentarer fra erhvervslivet i betragtning, og at der er sket en udvikling fra det oprindelige kapitel. Discussion Draft har en struktureret opdeling i kategorier og indeholder fire hovedsektioner:

- Identifikation af immaterielle aktiver
- Identifikation af parter med ret til afkast
- Kontrollerede transaktioner
- Prisfastsættelse af immaterielle aktiver

3.4.1. Identifikation af immaterielle aktiver

Definition

Det oprindelige kapitel VI i OECD Guidelines giver eksempler på immaterielle aktiver, men den nærmere begrebsudfyldning er overladt til intern skatteret.[81] Discussion Draft indleder derimod med en generel, men mere præcis definition, hvor et immaterielt aktiv defineres som:

> *"...the word intangible is intended to address something which is **not** a **physical** asset or a **financial** asset, and which is capable of being **owned** or **controlled** for use in **commercial** activities."*[82]

Hermed præsenterer Discussion Draft en definition, hvorefter et immaterielt aktiv er noget som er ikke fysiske eller finansielle aktiver, i stand til at blive ejet eller kontrolleret og til brug i kommercielle aktiviteter.

Kategorier og illustrationer

I det oprindelige kapitel VI var immaterielle aktiver inddelt i kategorierne immaterielle produktionsaktiver og marketingaktiver. Denne opdeling i kategorier bliver ikke anvendt i Discussion Draft, og det forsøges ikke længere at adskille ved en klassificering eller kategorisering af immaterielle

[80] OECD (2012), *Discussion Draft,* s. 3
[81] Wittendorff (2009), *Armslængdeprincippet,* s. 743
[82] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 5

aktiver.[83] I stedet er der opstillet otte illustrationer, der typisk kommer i betragtning ved en transfer pricing analyse, som involverer immaterielle aktiver.[84]

Der er således sket en stor udvikling alene på det definitoriske område for immaterielle aktiver. Kapitlet er med Discussion Draft kommet et skridt nærmere en klar definition på immaterielle aktiver og samtidig opnået et kapitel, der har en overskuelig og struktureret tilgang.

Ses der nærmere på kommentarerne fra erhvervslivet til Discussion Draft vedrørende definitionen, er det overordnede indtryk, at erhvervslivet værdsætter OECD's arbejde med definitionen af immaterielle aktiver. Enkelte supporterer denne, stadig brede, definition fuldt ud, mens andre mener at det endnu er nødvendigt at skærpe definitionen yderligere.[85]

Der er især uenighed blandt erhvervslivet om, hvorvidt OECD bør anvende begrebet "intangible" i stedet for "intangible property". Der er flere, der udtrykker, at "intangible property" er den rette definition, med den begrundelse, at en part kun skal betale for noget immaterielt, hvis denne har erhvervet ejendom. Hertil påpeger andre, at definitionen af immaterielle aktiver bør være i overensstemmelse med eksisterende juridiske og regnskabsmæssige definitioner af begrebet.[86] Ved at fjerne "property" fra definitionen, skaber OECD et koncept, der ikke er kendt eller bundet til nogle juridiske rammer, også selvom det stadig skal være i stand til at blive ejet eller kontrolleret i kommercielle aktiviteter. I forlængelse heraf, pointeres det, at det ikke er nødvendigt med en udvidelse af definitionen for at beskytte skattemyndighedernes interesser, og at risikoen ved at udvide definitionen, er at det muligvis opfordrer skattemyndigheder til at forvente betaling for en overførsel, hvor der ikke ville blive betalt mellem uafhængige parter.[87]

Generelt opfordrer erhvervslivet til en endnu tydeligere definition af begrebet immaterielle aktiver, og det påpeges, at en definition, der ikke er tilstrækkelig konkret, i mange lande vil være i strid med nationale regler, herunder forfatningsmæssige forbud mod love, der er alt for vage. Flere mener, at det bør tilføjes til definitionen, at et immaterielt aktiv foruden at være i stand til at blive ejet og kontrolleret, desuden skal være i stand til at blive overført separat.[88]

---

[83] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 13
[84] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 14-25
[85] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* EY, Deloitte, KPMG, PwC
[86] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* Deloitte, KPMG, PwC
[87] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* KPMG
[88] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* EY, KPMG

Det påpeges, at aspekter, der ikke opfylder kravene til definitionen, herunder gruppesynergier og markedsspecifikke karakteristika, bør behandles som sammenlignelige faktorer, og ikke blive betragtet som et separat immaterielt aktiv. Hertil opfordrer erhvervslivet til en vejledning, der indeholder en specifik definition, der afspejler disse begreber.[89]

Endeligt er der bred enighed om, at der skal igangsættes en betydelig større indsats til at definere begreberne goodwill og ongoing concern value, og det pointeres at denne brede definition ikke imødekommer kravet om specificitet.[90]

3.4.2. Identifikation af parter med ret til afkast

I enhver transfer pricing analyse, der involverer brug eller overførsel af immaterielle aktiver skal der ske en identifikation af de parter, som har ret til afkast.[91] Når det skal identificeres, hvilke medlemmer af en multinational koncern, der er berettiget til indtjening fra et immaterielt aktiv, foreslår Discussion Draft, at følgende faktorer tages i betragtning:

- Vilkår og betingelser for den juridiske ejendomsret, herunder relevante registreringer, licensaftaler og andre relevante kontrakter
- Hvorvidt udførte funktioner, anvendte aktiver, påtaget risici og omkostninger afholdt af medlemmer af den multinationale koncern til udvikling, forbedring, vedligeholdelse samt beskyttelse af det immaterielle aktiv er i overensstemmelse med allokeringen af retten til afkast
- Hvorvidt ydede tjenester udført af andre medlemmer i den multinationale gruppe, der har bidraget til at udvikle, forbedre, vedligeholde og beskytte det immaterielle aktiv, har ret til afkast og kompenseres på armslængdevilkår.[92]

Det fastslås i Discussion Draft, at udgangspunktet for identificeringen af, hvilke medlemmer af en multinational koncern, der har ret til afkast, der relaterer sig til det immaterielle aktiv er juridiske registreringer og kontrakter eller andre skriftlige aftaler mellem parterne. Foreligger der ikke et sådant skriftligt grundlag, må kontraktgrundlaget mellem parterne udledes af deres adfærd og de økonomiske principper, der normalt regulerer forholdet mellem uafhængige parter.[93]

---

[89] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* EY
[90] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* EY, Deloitte, KPMG, PwC
[91] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 27
[92] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 28
[93] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 30

Discussion Draft understreger dog vigtigheden af, at undersøge, hvorvidt parternes adfærd stemmer overens med vilkårene i de juridiske registreringer og kontrakter. Her skal det afgøres, om der er en sammenhæng mellem den kontraktuelle ret til afkast og parternes adfærd, dette sker ved en gennemgang af funktioner, risici og omkostninger der relaterer sig til udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse af de immaterielle aktiver. Er der ikke overensstemmelse mellem kontrakt og adfærd, er det mest hensigtsmæssigt at allokere det afkast, der relaterer sig til det immaterielle aktiv, til den eller de enheder, der reelt udfører funktioner, bærer risikoen og omkostninger vedrørende udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse af de immaterielle aktiver.[94] Hermed udtrykker Discussion Draft, at parternes adfærd generelt bør lægges til grund for den sande allokering af retten til afkast, hvilket indikerer, at juridiske kontrakter ikke vægter lige så højt som parternes adfærd, når der skal allokeres afkast.

Ud fra kommentarerne fra erhvervslivet til Discussion Draft på området for identifikation af parter med ret til afkast, er der enighed om, at der stadig er behov for en yderligere arbejdsindsats. Et generelt spørgsmål fra erhvervslivet lyder på, hvad der menes med udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse, og ligeledes om disse funktioner er lige vigtige ved afgørelsen om, hvem der har ret til afkast. Derudover har Discussion Draft rejst tvivl blandt erhvervslivet om, hvem der skal udføre de vigtige funktioner, herunder om de vigtige funktioner vedrører strategiske beslutninger angående det immaterielle aktiv, eller om det er den part, der faktisk udøver den egentlige udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse.[95]

Erhvervslivet hæfter sig endvidere ved, at Discussion Draft lader til at favoriserer udvikling og forbedring frem for vedligeholdelse og beskyttelse og pointerer samtidig, at mange typer af immaterielle aktiver kræver både vedligeholdelse og beskyttelse, bl.a. patentregistrering.[96]

Det er tydeligt, at der med udgivelsen af Discussion Draft er sket en stor udvikling på området for immaterielle aktiver. Der er heller ingen tvivl om, at OECD i høj grad har anvendt de indledende input fra erhvervslivet til udarbejdelsen. Med illustrationer af immaterielle aktiver, et afsnit om parter med ret til afkast og bilag med eksempler, imødekommer OECD erhvervslivets ønsker på netop dette område. Erhvervslivet mener dog stadig, at der er behov for en yderligere indsats både på området for identifikation af immaterielle aktiver og parter med ret til afkast, og det vil blive

[94] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 37
[95] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* EY, Deloitte, KPMG, PwC
[96] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* Deloitte

undersøgt nærmere, hvorvidt OECD i 2014 Deliverable har anvendt kommentarerne fra erhvervslivet.

3.5. Action Plan on BEPS

Action Plan on BEPS blev udgivet i juli 2013 og indeholder 15 handlingspunkter, der alle har til formål at imødegå skadelig skatteplanlægning. Handlingspunkt 8 vedrører immaterielle aktiver, og er sammen med punkt 9 og 10 hhv. risiko og kapital og andre transaktioner med høj risiko, samlet under en overordnet overskrift: Sikre at transfer pricing resultater er i overensstemmelse med værdiskabelsen. Det er her relevant at se nærmere på, hvilke tiltag OECD ønsker at tiltræde på området for immaterielle aktiver, for senere at sammenholde disse med den endelige udgave af kapitel VI til OECD Guidelines. Under handlingspunkt 8 angiver OECD følgende:

> *"Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements."*[97]

Formålet med handlingspunkt 8 er altså at udvikle et sæt regler, der kan forhindre BEPS og skadelig skatteplanlægning som følge af at immaterielle aktiver overføres internt mellem multinationale koncerner. Dette vil OECD forsøge at opnå ved at udarbejde en bred og klart afgrænset definition af immaterielle aktiver, sikre sammenhæng mellem allokering af indtjening og værdiskabelse, udvikle regler for hard-to-value intangibles samt en opdatering af retningslinjerne for omkostningsfordelingsaftaler. Punkt (i) og (ii) har særlig relevans for denne afhandling, da netop disse punkter vedrører revision af kapitel VI i OECD Guidelines.

(i) En klart og afgrænset definition af immaterielle aktiver er nødvendig for den igangværende revision af kapitel VI i OECD Guidelines. Som nævnt ovenfor giver det oprindelige kapitel VI kun eksempler på immaterielle aktiver, og overlader den nærmere begrebsudfyldning til intern skatteret. En afgrænsning og definition på området er derfor essen-

[97] OECD (2013), *Action Plan on BEPS,* pkt. 8

tiel for formålet med BEPS handlingsplan punkt 8 og revisionen af kapitel VI i OECD Guidelines.

(ii) Den anden del af handlingsplanen punkt 8, sammenhæng mellem allokering af indtjening og værdiskabelse, har til formål at sikre, at overskud i forbindelse med overdragelse og udnyttelse af immaterielle aktiver fordeles i overensstemmelse med deres værdiskabelse – snarere end at blive adskilt herfra. Som det udtrykkes i Discussion Draft, er der på nuværende tidspunkt en tendens til, at indtjeningen følger det juridiske ejerskab af det immaterielle aktiv og ikke den praktiske værdiskabelse. OECD's formulering i BEPS handlingsplan lægger derfor op til, i tråd med Discussion Draft, at indtjening, der relaterer sig til immaterielle aktiver skal allokeres til de selskaber, der skaber værdien.

3.6. Sammenfatning

Tidslinjen giver et overordnet indtryk af projektets omfang samt et indblik i OECD's tilgang til revisionen. Projektet startede i 2010 og det endelige udkast forventes i 2015, og dermed har revisionen været en femårig proces, når der er et nyt færdigt kapitel VI klar til at blive sat ind i OECD Guidelines. 2014 Deliverable blev udgivet i september 2014, fire år efter projektets opstart, og der ligger derfor et stort stykke forarbejde bag udgivelsen af denne.

Det nuværende kapitel VI fremstår rodet og giver ikke en klar definition af immaterielle aktiver, derimod er den nærmere begrebsudfyldning overladt til intern ret. OECD efterspurgte erhvervslivet om indledende kommentarer til projektet, og der var enighed blandt virksomhederne om, at immaterielle aktiver volder problemer i praksis, især angående definition og ejerskab. Det er tydeligt ved udgivelsen af Discussion Draft, at OECD har taget disse kommentarer i betragtning og struktureret et dokument, der afspejler erhvervslivets efterspørgsel, men med plads til forbedring. Som det fremgår af tidslinjen, har OECD under hele forløbet konsulteret erhvervslivet og fået input til, hvordan kapitlet kan blive endnu bedre. I 2013 udkom Action Plan on BEPS, der opstiller en klar målsætning fra OECD om, hvordan det endelige kapitel skal se ud, og hvilke elementer det skal indeholde.

Det kan udledes af forarbejdet til 2014 Deliverable, at OECD har haft en struktureret og målrettet tilgang til at revidere kapitel VI i OECD Guidelines. Discussion draft udkom et år tidligere end forventet, at signalerede, at OECD arbejder ambitiøst med projektet. Foruden en ambitiøs tilgang, fremgår det tydeligt af processen, at OECD i høj grad har ønsket input fra erhvervslivet allerede fra

starten af projektet. Det fremgår ligeledes af Discussion Draft, at OECD også i høj grad har anvendt erhvervslivets kommentarer.

4. Analyse af 2014 Deliverable

I det følgende vil Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles (2014 Deliverable) blive grundigt gennemgået og analyseret. Der ønskes en forståelse for, hvilken definitorisk begrebsafgrænsning OECD efter fem års intenst arbejde, 3.500 siders kommentarer, diskuteret på fem offentlige møder med erhvervslivet, er kommet frem til.[98]

Denne Deliverable udgivet i september 2014, er et resultat af handlingsplan 8 i BEPS Action Plan, og har til formål på sigt at erstatte det oprindelige kapitel VI i OECD Guidelines fra 2010. På trods af, at dokumentet bærer titlen "Deliverable", indeholder det sektioner, der ikke er endeligt færdiggjort. De sektioner i kapitel VI, hvor 2014 Deliverable kun skal anses for foreløbig vejledning, omfatter bl.a. sektionen om ejerskab til immaterielle aktiver samt enkelte af eksemplerne.[99]

4.1. Kapitel I-II

I 2014 Deliverable, er der blevet tilføjet en ny sektion, der indeholder ændringer til kapitel I-II i OECD Guidelines med tilhørende eksemplificeringer. Disse ændringer består af 12 siders komplet nye afsnit, der er klar til at blive sat ind i kapitel I, og indeholder vejledning vedrørende besparelser for geografiske placeringer og andre lokale markedsfordele, medarbejderstab og gruppesynergier. Ændringerne er ikke immaterielle aktiver, men kan indgå som del af sammenlignelighedsanalysen som sammenlignelige faktorer. Dette område er allerede behandlet i kapitel IX i OECD Guidelines, men 2014 Deliverable pointerer, at disse retningslinjer ikke begrænser sig til omstruktureringer.[100] Med disse nye afsnit imødekommer OECD erhvervslivets kommentarer til Discussion Draft, hvor erhvervslivet netop opfordrede til en vejledning, der indeholder en specifik definition af aspekter, der ikke udgør immaterielle aktiver.

[98] OECD (2014), *2014 Deliverable, Foreword*
[99] OECD (2014), *2014 Deliverable, Executive Summary*
[100] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 1.81

4.2. Kapitel VI

Kapitel VI indleder med, at formålet med dette kapitel er en vejledning, der er skræddersyet til transaktioner, hvor immaterielle aktiver er involveret. Artikel 9 i OECD's modeloverenskomst, behandler betingelserne for transaktioner mellem forbundne foretagender, men uden en nærmere betegnelse for sådanne transaktioner. Dermed angiver 2014 Deliverable, at det centrale er, hvorvidt en transaktion overfører økonomisk værdi mellem koncernforbundne parter, uanset om dette er materielle goder, immaterielle aktiver, tjenesteydelser eller andre former for aktiviteter. Altså kan en aktivitet overføre økonomisk værdi, også selvom, det ikke er specifikt omfattet af kapitel VI.[101] Herved sikrer OECD, at alle transaktioner, der flytter økonomisk værdi, er omfattet, og omgår samtidig principielle diskussioner om, hvorvidt et pågældende aktiv hører under kapitel VI.

4.2.1. Funktionsanalyse

2014 Deliverable fremhæver desuden, at principperne i kapitel I-II i OECD Guidelines, er gældende for både transaktioner, der involverer immaterielle aktiver, men også transaktioner, der ikke gør. Herudover tilføjes det, at overførsler, der involverer immaterielle aktiver, altid bør indledes med en grundig funktionsanalyse. Her er det formålet at identificere, *udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici* for de relevante medlemmer af koncernen. Samtidig påpeges det, at det er vigtigt at funktionsanalysen sammenholdes med en forståelse for koncernens globale forretning samt den måde, hvorpå immaterielle aktiver anvendes til at skabe værdi i hele koncernens supply chain.[102]

4.2.2. Armslængdeprisen

Til bestemmelse af armslængdeprisen ved anvendelse eller overførsel af immaterielle aktiver, angiver 2014 Deliverable følgende punkter, der er vigtige at overveje i forbindelse med funktionsanalysen:

I. Identifikation af specifikke immaterielle aktiver
II. Den juridiske ejendomsret til immaterielle aktiver
III. Vurdering af, hvorledes koncernens medlemmer har bidraget til de immaterielle aktivers udvikling, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse
IV. Karakteren af de kontrollerede transaktioner indeholdende immaterielle aktiver, herunder hvorledes transaktionerne bidrager til værdiskabelsen

[101] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.2
[102] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.3

Foruden ovenstående, er det nødvendigt at overveje den kompensation, der ville blive udbetalt mellem uafhængige parter i transaktioner med immaterielle aktiver.[103] Disse punkter bliver gennemgået i kapitlet og vil blive behandlet nedenfor.

4.3. Identifikation af immaterielle aktiver

4.3.1. Definition af immaterielle aktiver

Som beskrevet ovenfor er målet med handlingspunkt 8 i Action Plan on BEPS at udvikle et sæt regler med en klart afgrænset definition, der sikrer sammenhæng mellem allokering af indtjening og værdiskabelse. Det pointeres i 2014 Deliverable, at hvis en for smal definition anvendes, risikeres det, at nogle immaterielle aktiver falder uden for definitionen og overføres eller bruges uden kompensation. Samtidig hvis definitionen er for bred, kan det medføre koncerninterne kompensationer, der ikke ville være givet mellem uafhængige parter.[104] 2014 Deliverable anvender følgende definition for immaterielle aktiver:

> *"...the word intangible is intended to address something which is **not** a **physical** asset or a **financial** asset, and which is capable of being **owned** or **controlled** for use in **commercial** activities, and whose **use** or **transfer** would be **compensated** had it occured in a transaction **between independent parties** in comparable circumstances."*[105]

Denne definition, der består af fire dele, er næsten identisk med Discussion Draft, men med en mindre tilføjelse, og et immaterielt aktiv er hermed noget som er:

- ikke fysiske eller finansielle aktiver
- i stand til at blive ejet eller kontrolleret
- til brug i kommercielle aktiviteter
- hvor brug eller overførsel ville udløse kompensation mellem uafhængige parter

Fysiske aktiver er som regel lette at genkende og adskille fra ikke-fysiske, immaterielle, aktiver. Derimod kan det være vanskeligt at identificere finansielle aktiver, og disse er i en note til pkt. 6.6 i 2014 Deliverable defineret med følgende ordlyd:

[103] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.4
[104] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.5
[105] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.6

*"…a financial asset is any asset that is **cash**, an **equity instrument** a **contractual right** or **obligation to receive cash** or another financial asset or to exchange financial assets or **liabilities**, or a **derivative**."*[106]

Denne definition står ikke fuldstændig udtømmende, men giver en indikation af, hvad et finansielt aktiv kan være. I sammenhæng med definitionen gives en række eksempler, herunder nævnes obligationer, bankindeståender, aktier m.fl. Disse eksempler er heller ikke en udtømmende liste, men giver et overblik og en forståelse for finansielle aktiver.

Kravet om, at det immaterielle aktiv skal være i stand til at blive ejet eller kontrolleret, bliver ikke uddybet yderligere. Det bliver dog nævnt, at aktivet ikke nødvendigvis skal være beskyttet juridisk, ved kontrakt eller på anden måde for at blive karakteriseret som et immaterielt aktiv i transfer pricing henseende.[107] Dermed kan et aktiv være defineret som et immaterielt aktiv og være i stand til at blive ejet, selvom skatteyderen alene udøver praktisk kontrol.

Sammenholdt med definitionen i det oprindelige kapitel VI, hvor der blot blev givet eksempler på, hvad et immaterielt aktiv kan være, og hvor den nærmere begrebsudfyldning var overladt til intern skatteret, er der sket et klart fremskridt ved vedtagelsen af denne definition i 2014 Deliverable. Der er alligevel stadig i 2014 Deliverable tale en om en bred definition af immaterielle aktiver, hvilket kan give anledning til uoverensstemmelser, når der skal fortolkes, hvorvidt et aktiv falder indenfor definitionen. Som nævnt ovenfor, kan en bred fortolkning medføre kompensationer, der ikke ville være givet mellem uafhængige parter. Formålet med BEPS Action Plan og dermed også dette nye kapitel VI i OECD Guidelines, er at imødekomme skadelig skatteplanlægning og muligheden for at flytte værdier til lavbeskattede lande. Det må derfor antages, at OECD og skattemyndighederne i højere grad ønsker at fastsætte en lidt bredere definition af immaterielle aktiver fremfor en definition, der risikerer, at aktiver, der burde være omfattet af begrebsafgrænsningen, falder udenfor og kan resultere i skadelig skatteplanlægning. Denne definition sikrer, at alle immaterielle aktiver er omfattet, men sætter alligevel rammen ved den sidste tilføjelse, hvorved der ville være udløst kompensation mellem uafhængige parter.

Erhvervslivet kommenterede til Discussion Draft, at der var behov for yderligere at skærpe definitionen af immaterielle aktiver, og samtidig undgå en sløret definition, der ikke er tilstrækkelig konkret og derfor i mange lande vil være i strid med de interne regler. Siden Discussion Draft er der

[106] OECD (2014), *2014 Deliverable,* s. 93 note 1
[107] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.8

blevet indsat et ekstra led i definitionen, således at immaterielle aktiver er noget, hvor brug eller overførsel ville udløse kompensation mellem uafhængige parter. Hertil har erhvervslivet kommenteret, at selvom definitionen er opdateret en smule, er der stadig behov for at gøre den endnu skarpere. OECD har alligevel ikke valgt at lave flere tilføjelser til selve definitionen i 2014 Deliverable, og det må derfor antages at OECD har opnået en definition, de mener har den nødvendige bredde, for at indfange immaterielle aktiver til transfer pricing formål.

Det noteres i 2014 Deliverable, at immaterielle aktiver, der relaterer sig til transfer pricing, ikke nødvendigvis kan sammenholdes med immaterielle aktiver i regnskabsmæssig betydning. OECD angiver som eksempel, at forsknings- og udviklingsomkostninger samt markedsføringsomkostninger ofte omkostningsføres regnskabsmæssigt og de immaterielle aktiver disse udgifter resulterer i, ikke altid fremgår af virksomhedens balance. Ikke desto mindre, pointerer OECD, at disse omkostninger kan repræsentere immaterielle aktiver, der kan bruges til at skabe økonomisk værdi, og er derfor nødvendige at have i betragtning i transfer pricing sammenhænge.[108] Netop på området for forskning og udvikling, har ordlyden ændret sig betydeligt fra det nuværende kapitel VI. I det nuværende kapitel understreges det, at der bør udvises forsigtighed ved vurderingen af, om der foreligger et immaterielt aktiv.
Erhvervslivet kommenterede til Discussion Draft, at definitionen af immaterielle aktiver, bør være i overensstemmelse med eksisterende juridiske og regnskabsmæssige definitioner, og at det ikke er nødvendigt med en udvidelse af definitionen. Hertil har OECD fundet det nødvendigt i 2014 Deliverable, at præcisere, hvorfor immaterielle aktiver i transfer pricing sammenhænge adskiller sig fra den almindelige regnskabsmæssige betydning. Som 2014 Deliverable selv angiver, er forsknings- og udviklingsomkostninger netop et område, hvor den internationale regnskabsstandard har strenge krav til indregning af det immaterielle aktiv. Først i udviklingsfasen, hvis virksomheden kan dokumentere, at det immaterielle aktiv vil frembringe fremtidige økonomiske fordele, kvalificerer udviklingsudgifterne til indregning som et immaterielt aktiv.[109]

Som allerede nævnt, er det ifølge 2014 Deliverable ikke nødvendigt, at aktivet er juridisk eller kontraktmæssigt beskyttet for at være karakteriseret som et immaterielt aktiv. Derudover fremhæves det, at nogle immaterielle aktiver kan identificeres og overføres separat, mens andre kun kan overføres i kombination med andre aktiver. 2014 Deliverable understreger hertil, at separat overførsel ikke er en nødvendig betingelse for, at et aktiv skal karakteriseres som et immaterielt aktiv inden-

[108] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.7
[109] IAS 38, pkt. 57

for transfer pricing.[110] Med denne tilføjelse til identifikationen, udtrykker OECD endnu engang, at den opfattelse, der hidtil har været angående immaterielle aktiver, og også er i juridiske og regnskabsmæssige sammenhænge, ikke længere kan lægges til grund. Derimod skal der i transfer pricing henseender anvendes en helt ny tilgang ved identifikationen af immaterielle aktiver. Blandt flere af erhvervslivets kommentarer til Discussion Draft, var der enighed om, at et immaterielt aktiv foruden at være i stand til at blive ejet og kontrolleret, desuden skal være i stand til at blive overført separat. Disse kommentarer fra erhvervslivet, er et udtryk for den opfattelse der hidtil har været på området, også i den internationale regnskabsstandard[111], men som OECD nu ændrer som følge af Action Plan on BEPS.

Der er også tilfælde, hvor enheder normalvis karakteriseres som immaterielle aktiver, men hvor brug eller overførsel af disse ikke nødvendigvis udløser en kompensation. Her påpeger OECD vigtigheden af, at skelne mellem identificeringen af immaterielle aktiver og fastsættelse af prisen ved brug eller overførsel. Som eksempel nævnes ikke-unik knowhow. Selvom knowhow udgør et immaterielt aktiv, kan der være tilfælde, hvor sammenlignelige udbydere besidder den samme knowhow. Overførslen af denne berettiger derfor ikke yderligere kompensation, da det ikke vil være tilfældet mellem uafhængige parter.[112] Dette eksempel med ikke-unik knowhow, er et tilfælde, hvor den sidste tilføjelse til den ovenstående definition finder anvendelse. Havde definitionen stået uændret fra Discussion Draft, ville ikke-unik knowhow falde ind under den definitoriske afgrænsning af immaterielle aktiver. I 2014 Deliverable blev det, som nævnt, tilføjet til definitionen, at brug eller overførsel skal udløse kompensation mellem uafhængige parter, hermed falder ikke-unik knowhow udenfor definitionen af immaterielle aktiver.

4.3.2. Kategorier af immaterielle aktiver

Som beskrevet ovenfor, sondres der i det nuværende kapitel VI i OECD Guidelines, mellem immaterielle produktionsaktiver og marketingaktiver. Denne inddeling i kategorier er kun meget overordnet beskrevet og det afgrænses ikke tydeligt, hvad disse kategorier hver især indeholder. Samtidig er der områder, hvor de to kategorier overlapper hinanden, og hvor det i praksis kan være vanskeligt at placere aktivet.

[110] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.8
[111] IAS 38, pkt. 12
[112] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.10

I Discussion Draft tages der afstand fra denne inddeling i kategorier og der indføres i stedet otte illustrationer til at opdele immaterielle aktiver.[113] De otte illustrationer bevares i 2014 Deliverable, dog anerkendes begreberne immaterielle produktions- og marketingaktiver som almindeligt anvendte udtryk og disse begreber bliver refereret til enkelte steder i kapitlet. Samtidig er definitionen af marketingaktiver blevet revideret, men minder i store træk om den oprindelige definition i OECD Guidelines.[114] På trods af, at begreberne anerkendes, kræver 2014 Deliverable alligevel at immaterielle aktiver skal identificeres med *specificitet*.[115] Dvs. at i en transfer pricing analyse, er skatteyderne og –myndighederne forpligtet til specifikt at identificere relevante immaterielle aktiver, hvilket sikrer, at der ikke sker overførsler af vagt specificerede "marketingaktiver"[116], der kan betyde en anden tilgang til at bestemme armslængdevilkårene. [117]

Otte illustrationer præsenteres i 2014 Deliverable og går igen fra Discussion Draft. 2014 Deliverable konkluderer, at følgende fem illustrationer kvalificeres som immaterielle aktiver:

- Patenter
- Knowhow og forretningshemmeligheder
- Varemærker, firmanavne og brands
- Kontraktuelle rettigheder og offentlige licenser
- Licenser og lignende begrænsede rettigheder

Derimod udgør følgende illustrationer ikke i sig selv et immaterielt aktiv i henhold til 2014 Deliverable:

- Gruppesynergier
- Markedsspecifikke karakteristika

Det er mere tvivlsomt, hvorvidt goodwill og ongoing concern value udgør et immaterielt aktiv, men 2014 Deliverable fastslår, at der er tilfælde, hvor begge kan udgøre et immaterielt aktiv.[118]

Nedenfor vil de otte illustrationer blive gennemgået for at opnå en grundig forståelse for, hvad 2014 Deliverable definerer som immaterielle aktiver i transfer pricing henseender. Udtrykkene

[113] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 13
[114] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.16 og OECD (2013), *Revised Discussion Draft,* pkt. 50
[115] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.16 og 6.18
[116] Wittendorff (2012), *'Shadowlands': The OECD on Intangibles*, s. 935
[117] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.16
[118] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.19-6.31

immaterielle produktions- og marktingaktiver bliver ikke anvendt i nogle af disse illustrationer. Foruden goodwill og ongoing concern value, står illustrationerne stort set uændret fra Revised Discussion Draft, og erhvervslivet har ikke haft ret mange kommentarer, der vedrører disse illustrationer. De få kommentarer der har været fra erhvervslivet, har været rettet mod ordvalget i illustrationerne, bl.a. "sometimes" og "in other contexts", hvor der ønskes et mere præcist ordvalg.

Patenter

Et patent er et juridisk instrument, der for en begrænset periode i et bestemt geografisk område, giver ejeren eneret til at benytte den pågældende opfindelse. Patentet kan vedrøre en fysisk genstand, men også en bestemt proces. Et patent er ofte resultatet af risikofyldte og omkostningstunge forsknings- og udviklingsprojekter, dog kan der i enkelte tilfælde opstå meget værdifulde patenter uden der er blevet afholdt ret mange udgifter. Udvikleren af patentet vil ofte forsøge at inddrive sine udviklingsomkostninger og opnå indtjening gennem salg af produkter som følge af patentet, ved at give licens til andre producenter eller ved at sælge patentet.[119] Patenter er en type af immaterielle aktiver, som qua patentregistreringen er lette at identificere. Ligeledes bør den økonomiske gevinst ved patentet være nem at fastsætte, da dette kan udledes af salget eller licensen.

Knowhow og forretningshemmeligheder

Knowhow og forretningshemmeligheder er information eller viden, der assisterer eller forbedrer en kommerciel aktivitet, men er ikke juridisk beskyttet på samme måde som et patent eller varemærke. Knowhow og forretningshemmeligheder består af hemmelig information af industriel, kommerciel eller videnskabelig karakter som følge af tidligere erfaringer, der har praktisk anvendelse i virksomhedens drift. Værdien af knowhow og forretningshemmeligheder afhænger ofte af virksomhedens evne til fortsat at holde hemmeligheden fortrolig. I visse brancher er videregivelse af oplysninger, der er nødvendige for at opnå et patent, tilstrækkeligt til at hjælpe konkurrenter med at udvikle løsninger udenom patentet. Derfor vælger virksomheder i nogle tilfælde ikke at registrere den patenterbare knowhow. Fortroligheden af knowhow og forretningshemmeligheder er dog beskyttet i et vist omfang i form af: [120]

i. Konkurrencelovgivningen
ii. Ansættelseskontrakter
iii. Økonomiske og teknologiske barrierer ift. konkurrence

[119] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.19
[120] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.20

Hvorvidt knowhow og forretningshemmeligheder er beskyttet kan variere fra land til land, som eksempel kan nævnes den tyske lovgivning, hvorefter knowhow og forretningshemmeligheder er beskyttet af §§ 17-19 i Unlauteren Wettbewerb (unfair konkurrence) under ansættelsen, og efter ansættelsen af § 74 i Handelsgesetzbuch (handelslovgivningen). Derudover kan nævnes den danske lovgivning, hvor erhvervshemmeligheder er beskyttet i medfør af markedsføringsloven § 19, hvorefter den ansatte ikke må viderebringe eller benytte erhvervshemmeligheder i tre år efter ansættelsesforholdets ophør. Denne type af immaterielle aktiver, er svære at værdiansætte, da informationerne er fortrolige og sammenligningsgrundlaget kan være smalt.

Varemærker, firmanavne og brands

Et varemærke er et unikt symbol, logo eller billede som ejeren kan bruge til adskille sine produkter og tjenesteydelser fra andre virksomheders. Ejendomsretten til et varemærke er ofte listet i et registreringssystem, hvorved ejeren kan udelukke andre fra at bruge varemærket på en måde, der ville skabe forvirring på markedet. Et varemærke kan være registreret til evig tid, hvis det løbende bruges og bliver fornyet. Et varemærke kan etableres for et enkelt produkt eller en tjenesteydelse, men kan også være for et helt sortiment. Varemærker forbindes oftest med forbrugermarkedet, men eksisterer på alle markedsniveauer.[121]

Et firmanavn er ofte, men ikke altid, navnet på en virksomhed og kan have samme markedspenetration som et varemærke og kan under visse omstændigheder registreres som et varemærke. Nogle af de store multinationale virksomheder, har letgenkendelige firmanavne, og her kan navnet anvendes i markedsføringen af produkter og tjenesteydelser.[122]

Betegnelsen brand bliver ofte anvendt sammen med udtrykkene varemærker og firmanavne. I andre sammenhænge betragtes brand som et varemærke eller firmanavn, der er forbundet med social og kommerciel betydning. Herved kan et brand repræsentere en kombination af immaterielle aktiver med eksempelvis varemærker, firmanavne, kunderelationer, omdømme og goodwill. Derfor, når et brand ofte er kombineret med andre immaterielle aktiver, kan det være vanskeligt eller umuligt at adskille, hvilke elementer der skaber værdi for brandet.[123]

Varemærker, firmanavne og brands er som udgangspunkt ikke svære at identificere som immaterielle aktiver, især ikke hvis de er registreret. Dog, som det antydes ovenfor, kan det være sværere at

[121] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.21
[122] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.22
[123] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.23

prisfastsætte brug og overførsel, da disse typer af immaterielle aktiver ikke altid kan adskilles fra hinanden. Samtidig kan det være vanskeligt at fastsætte, hvorvidt varemærker, firmanavne og brands egentlig bidrager til værdiskabelsen i virksomheden og dermed prisfastsætte brug og overførsel i transfer pricing henseende.

Kontraktuelle rettigheder og offentlige licenser

Kontraktuelle rettigheder og offentlige licenser kan være vigtige for en bestemt virksomhed til at favne en bred vifte af forretningsforbindelser. Offentlige licenser kan eksempelvis omfatte offentlig tildeling af rettigheder til udnyttelse af specifikke naturressourcer eller offentlige goder eller at drive en bestemt erhvervsaktivitet.[124] Kontraktuelle rettigheder kan eksempelvis omfatte kontrakter med leverandører og essentielle kunder eller aftaler om at en tjenesteydelse af en eller flere ansat er mulig.[125]

Licenser og lignende begrænsede rettigheder

Begrænsede rettigheder i forhold til immaterielle aktiver, overføres almindeligvis ved licens eller lignende kontraktuel aftale, der både kan være skriftlig, mundtlig eller underforstået. Sådanne licenserede rettigheder kan være begrænset til et bestemt geografisk anvendelsesområde, -periode eller på anden måde begrænset.[126]

Hvor andre illustrationer er mere omfattende, er denne illustration, sammen med kontraktuelle rettigheder og offentlige licenser, meget kort, men samtidig præcis. En mere omfattende beskrivelse ikke er nødvendig på disse områder, hvilket skyldes, at kontraktuelle rettigheder og offentlige licenser samt licenser og lignende begrænsede rettigheder, er forholdsvis lette at identificere, da der netop foreligger en kontrakt eller et licens. Desuden er prisfastsættelsen også mere lige til, da denne type af immaterielle aktiver er selve udgangspunktet for værdiskabelsen.

[124] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.24
[125] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.25
[126] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.26

Goodwill og ongoing concern value

Afhængig af sammenhængen kan begrebet goodwill referere til en række forskellige koncepter. Herunder:

- Regnskabsmæssig behandling og værdiansættelse
- Fremtidige økonomiske fordele forbundet med virksomhedens aktiver, der ikke er individuelt identificeret
- Forventningen om fremtidig handel på baggrund af eksisterende kunder

Begrebet ongoing concern value, refererer til når værdien af de samlede aktiver er større end summen af værdien for de enkelte aktiver, når disse værdiansættes særskilt. Det er almindeligt anerkendt, at goodwill og ongoing concern value ikke kan adskilles eller overføres separat.[127]

2014 Deliverable påpeger, at det ikke er nødvendigt for dette kapitel at give en præcis definition af begrebet goodwill eller ongoing concern value i relation til transfer pricing eller at definere, hvornår goodwill eller ongoing concern value udgør et immaterielt aktiv eller ikke gør. Dog understreges det samtidig, at en stor del af kompensationen mellem uafhængige parter netop kan repræsentere goodwill eller ongoing concern value.[128]

På trods af, at OECD ikke mener det er nødvendigt med en præcis definition af begreberne goodwill og ongoing concern value, er det den illustration, hvor der er sket markant flest ændringer fra Discussion Draft til 2014 Deliverable. I Discussion Draft udtrykkes det tydeligt, at goodwill og ongoing concern value er immaterielle aktiver i transfer pricing sammenhænge, samtidig nævnes, at en regnskabsmæssig værdiansættelse ikke er relevant for en transfer pricing analyse.[129] Som allerede nævnt, forholder 2014 Deliverable sig ikke til, hvornår goodwill og ongoing concern value udgør et immaterielt aktiv, og gør det dermed mere tvivlsomt, hvorledes disse begreber i det nye kapitel VI skal kvalificere som immaterielle aktiver, men det må udledes, at der er tilfælde, hvor både goodwill og ongoing concern value kan udgøre et immaterielt aktiv. 2014 Deliverable har også ændret holdning til, hvorvidt en regnskabsmæssig værdiansættelse er relevant, og det er angivet, at disse ikke nødvendigvis svarer til armslængdeprisen ved overførsler, men at en regnskabsmæssig værdiansættelse kan udgøre et nyttigt udgangspunkt i en transfer pricing analyse. Desuden understreges det i 2014 Deliverable, at denne manglende begrebsafgrænsning netop vigtiggør kravet om specifi-

[127] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.27
[128] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.28
[129] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 22

citet, som beskrevet ovenfor, og hvorvidt en overførsel ville udløse kompensation mellem uafhængige parter.[130]

Eksemplerne 21 og 23 i 2014 Deliverable, berører begge overførsel af goodwill. I det ene tilfælde retten til at anvende goodwill kombineret med andre rettigheder, herunder retten til at fremstille og distribuere et produkt samt retten til at bruge patenter og varemærker og udnytte kundeforhold og kundelister. I det andet tilfælde køber en uafhængig virksomhed alle kapitalandelene i en anden virksomhed, og erhverver derved to offentlige licenser, men også goodwill baseret på synergien mellem de to licenser. I begge eksempler anvendes en regnskabsmæssig værdiansættelse af goodwill.[131] Disse eksempler har ligesom illustrationen udviklet sig siden Discusion Draft, hvor begreberne goodwill og ongoing concern value er blandet sammen, og der henvises ikke til regnskabsmæssig værdiansættelse, men nævnes blot at disse overførsler skal tages i betragtning i transfer pricing sammenhænge.[132] Ud fra udviklingen af disse eksempler, må det konstateres, at når det gælder overførsel eller brug af goodwill, skal der som udgangspunkt anvendes en regnskabsmæssig værdiansættelse.

I kommentarerne til Discussion Draft og Revised Discussion Draft, er der bred enighed blandt erhvervslivet om, at der skal igangsættes en betydelig større indsats til at definere begreberne goodwill og ongoing concern value. Erhvervslivet understreger bl.a., at Discussion Draft selv påpeger vigtigheden i at identificere immaterielle aktiver med specificitet og samtidig mener, at det ikke er nødvendigt med en præcis definition af de omtalte begreber. Denne brede begrebsafgræsning af goodwill og ongoing concern value imødekommer dermed ikke kravet om specificitet. Det bliver foreslået blandt enkelte i erhvervslivet til Revised Discussion Draft, at disse begreber i stedet behandles som sammenlignelige faktorer, eller sågar holdes helt udenfor definitionen.[133]

Erhvervslivet pointerer endvidere, at den manglende begrebsafgrænsning kan give anledning til uoverensstemmelser mellem skatteydere og skattemyndigheder, men også skattemyndigheder imellem.[134]
Foruden erhvervslivets kommentarer, pointerede Chris Lennon, formand for BIAC Tax Committee, til mødet med WP6 november 2011, at det altovervejende formål med en revision af kapitel VI må

[130] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.29
[131] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 71-73 og pkt. 79-83
[132] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 230 og 235
[133] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft og* OECD (2013), *Comments received to the Revised Discussion Draft,* EY, Deloitte, KPMG, PwC
[134] OECD (2013), *Comments received to the Revised Discussion Draft,* Deloitte

være at lave et sæt regler, der kan eliminere dobbeltbeskatning, og at et centralt element for at opnå dette er en konsekvent anvendelse af definitioner.[135]

Når denne illustration efterlader en meget bred afgrænsning, overlades den nærmere begrebsudfyldning til intern ret. Årsagen til, at OECD ikke har fulgt erhvervslivets rådgivning, og ikke ønsker en autonom begrebsafgrænsning, mener Wittendorff, muligvis kan begrundes med, at forskellige lande på dette område anvender meget forskellige definitioner. Hvorfor en entydig definition, og anvendelsen af denne, let kan give anledning til tvister på tværs af landegrænser.[136] Som beskrevet ovenfor under retskildeværdi, anvender de fleste stater "den gyldne regel", hvorefter modeloverenskomsten fordeler beskatningsretten og kun kan lempe beskatningen, da der skal være hjemmel til beskatning i intern ret. Dette kan være årsagen til, at OECD har valgt at afholde sig fra en autonom definition, da de har vurderet, at den definition der vedtages, i de fleste lande ikke stemmer overens med den interne lovgivning på området.

OECD bliver altså stillet i et dilemma, hvor der skal vælges mellem tvister baseret på manglende begrebsafgrænsning eller tvister, hvor en klar definition ikke stemmer overens med den der allerede anvendes i de fleste lande. Som nævnt tidligere, er formålet med OECD Guidelines at skabe en internationalt harmoniseret fortolkning. I handlingspunkt 8 i Action Plan on BEPS, er målet samtidig at udvikle et sæt regler med en klart afgrænset definition, der sikrer sammenhæng mellem indtjening og værdiskabelse. Ved denne illustration af goodwill og ongoing concern value, hvor OECD ikke mener det er nødvendigt med en præcis definition, imødekommer illustrationen ikke en harmoniseret fortolkning og opfylder heller ikke målet om en klart afgrænset definition.

Gruppesynergier

Da gruppesynergier ikke ejes eller kontrolleres af en virksomhed, falder de udenfor definitionen af immaterielle aktiver i henhold til 2014 Deliverable.[137]

Gruppesynergier kan i nogle tilfælde bidrage til omsætningen i en multinational koncern. Sådanne synergier kan både være strømlinet ledelse, elimination af kostbar overlap af arbejdsindsats, integrerede systemer, købe- eller lånekraft osv. Disse egenskaber kan have indflydelse på fastsættelsen

[135] OECD (2011), *OECD meets with business commentators in the valuation of intangibles for transfer pricing purposes 7-9 November 2011*
[136] Wittendorff (2012), *'Shadowlands': The OECD on Intangibles*, s. 936
[137] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.30

af armslængdeprisen og bør behandles i forbindelse med transfer pricing som sammenlignelige faktorer.[138]

Som det ses omtales, i denne illustration, kun de positive gruppesynergier. Ses der nærmere på ændringerne til kapitel I pkt. 1.98, nævnes også situationer, hvor gruppesynergier kan have en negativ indvirkning på koncernen. Det betones, at koncernens størrelse kan skabe bureaukratiske barrierer og at integrerede computersystemer ikke altid er det mest effektive for hele koncernen.[139] Når det nævnes i illustrationen, at disse positive egenskaber bør behandles ved transfer pricing som sammenlignelige faktorer, leder dette til spørgsmålet om, hvorvidt det samme gælder de negative gruppesynergier. Da der i selve illustrationen henvises til pkt. 1.98, må det dog formodes, at både de positive og negative gruppesynergier, kan have en indflydelse ved fastsættelsen af armslængdevilkår ved kontrollerede transaktioner, og konceptuelt bør behandles på samme måde.

Markedsspecifikke karakteristika

Da heller ikke markedsspecifikke karakteristika er i stand til at blive ejet eller kontrolleret, falder disse, ligesom gruppesynergier, udenfor definitionen af immaterielle aktiver. Markedsspecifikke karakteristika bør i stedet tages i betragtning som en del af benchmark-studiet i en transfer pricing analyse. Særlige markedskarakteristika kan påvirke armslængdeprisen for en transaktion i et bestemt marked, eksempelvis kan en høj købekraft hos forbrugerne i et bestemt marked påvirke prisen for visse luksusgoder. Tilsvarende kan lave lønninger, afstand til markeder, gunstige vejrforhold og lignende påvirke priser for bestemte varer og tjenesteydelser på et bestemt marked.[140]

Selvom gruppesynergier og markedsspecifikke karakteristika ikke kvalificerer som immaterielle aktiver i henhold til 2014 Deliverable, må det antages, at OECD har valgt at illustrere disse for at præcisere forskellen mellem immaterielle aktiver og sammenlignelige faktorer, hvilket også var efterspurgt af erhvervslivet.

[138] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.30
[139] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 1.98
[140] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.31

4.3.3. Sammenfatning

Med 2014 Deliverable har immaterielle aktiver gennemgået en betydelig definitorisk udvikling. Definitionen er gået fra en eksemplificering af enkelte typer af immaterielle aktiver til at opstille fire krav til, hvad et aktiv skal opfylde for at kvalificere som et immaterielt aktiv.

2014 Deliverable gør op med den traditionelle opfattelse af immaterielle aktiver. For det første ved at fjerne "property" fra begrebet og lade "intangibles" stå alene. Herved tager det nye begreb afstand fra ejerskab, som normalt bliver forbundet med "property". Når "intangibles" står alene, indikerer det noget uhåndgribeligt, som ikke nødvendigvis har en bestemt ejer. Dernæst gøres der op med den traditionelle opfattelse ved eksplicit at understrege, at immaterielle aktiver ikke nødvendigvis er juridisk eller kontraktmæssigt beskyttet. Endelig er det ikke længere en betingelse, at et immaterielt aktiv kan overføres separat. Når der gøres op med den traditionelle opfattelse, er det ekstra vigtigt med en præcis definition, og det forsøger OECD at opnå ved at opstille illustrationer.

Ved at opstille illustrationer opnår OECD en internationalt harmoniseret fortolkning af de forskellige typer af immaterielle aktiver. En harmoniseret fortolkning er formålet med OECD Guidelines, og målet med Action Plan on BEPS er at opnå en klart afgrænset definition af immaterielle aktiver. Hvorvidt OECD med 2014 Deliverable er nået i mål kan diskuteres, men det må konstateres, at 2014 Deliverable er et skridt i den rigtige retning. OECD har opstillet en definition med fire krav til immaterielle aktiver, og der er stadig tale om en bred definition. Opgøret med den traditionelle opfattelse kan samtidig være med til at gøre definitionen endnu bredere. En bred definition sikrer, at der ikke er immaterielle aktiver som falder udenfor definitionen. Det kan derfor vurderes, at OECD har fundet det nødvendigt med en bred definition for at imødegå skadelig skatteplanlægning. Med illustrationerne har OECD nået målet med en klart afgrænset definition af de enkelte typer af immaterielle aktiver, dog ikke for illustrationen af goodwill og ongoing concern value, og dette vil blive diskuteret nærmere under retspolitiske betragtninger.

4.4. Ejerskab til immaterielle aktiver

Når de immaterielle aktiver, der udnyttes eller overføres er blevet identificeret og vurderet til at være omfattet af kapitel VI, er næste skridt i 2014 Deliverable at identificere, hvilke parter, der har ret til afkast. Det er på dette område, der er sket den største udvikling i forhold til det oprindelige kapitel i OECD Guidelines, hvor emnet kun behandles overfladisk, og den skatteretlige indkomstallokering derfor var overladt til intern ret.[141] Identifikation af parter med ret til afkast introduceres i Discussion Draft, og allerede her fremhæves det, at målet er at sikre sammenhæng mellem den kontraktuelle ret til afkast og parternes adfærd. OECD efterspurgte samtidig kommentarer fra erhvervslivet til at forbedre de fremførte principper på netop dette område.[142] I 2014 Deliverable er størstedelen af sektionen vedrørende ejerskab endnu ikke færdig og skal kun anses for foreløbig vejledning.

Som i Discussion Draft, fremhæver 2014 Deliverable problemstillingen om, hvilken part der er berettiget til at modtage afkast, når andre end den med den juridiske ejendomsret, har udført funktioner, anvendt aktiver og påtaget risici, der forventes at bidrage til værdien af det immaterielle aktiv.[143] 2014 Deliverable foreslår, at følgende trin anvendes til at analysere transaktioner, hvor immaterielle aktiver indgår:[144]

i. Identifikation af den juridiske ejer baseret på kontraktvilkår, registreringer, licensaftaler m.m.
ii. Identifikation af de parter, der udfører funktioner, især de funktioner beskrevet i punkt 6.56, i 2014 Deliverable. Herudover hvilke parter, der anvender aktiver og påtager sig risici i relation til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver ved hjælp af funktionsanalysen.
iii. Bekræftelse af sammenhængen mellem parternes adfærd og juridisk ejendomsret baseret på en detaljeret funktionsanalyse.
iv. Identifikation af kontrollerede transaktioner i forbindelse med udvikling, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver sammenholdt med den juridiske ejendomsret og parternes adfærd samt deres bidrag til værdiskabelsen i form af funktioner, aktiver og risici.

[141] OECD (2010), *OECD Guidelines*, pkt. 6.36-6.39
[142] OECD (2012), *Discussion Draft,* s. 12
[143] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.32
[144] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.34

v. Når det er muligt, skal armslængdeprisen fastsættes i overensstemmelse med hver parts bidrag i form af udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici.
vi. Under de omstændigheder, der er beskrevet i punkt 1.64-1.69 i OECD Guidelines, kan det være nødvendigt at redefinere transaktioner for at afspejle armslængde vilkår.

4.4.1. Forskellen mellem ejerskabsbegreberne i relation til immaterielle aktiver

Ejerskab beskriver rettigheder og pligter, og der skal skelnes mellem besiddelse og praktisk kontrol. I 2014 Deliverable bliver der lagt op til forskellige ejerskabsbegreber, og forskellen på disse vil blive gennemgået i det følgende. Begreberne kan alle være knyttet til en part, men kan også fordeles, således der bliver flere ejere.

Juridisk ejerskab

Juridisk ejerskab opnås ved registrering ved det relevante nationale organ, eksempelvis Varemærkestyrelsen. Afhængig af typen af det immaterielle aktiv og den ønskede juridiske titel, kan denne registrering blot være en formel administrativ handling, eksempelvis i tilfælde af ophavsret. Det kan også være en mere omfattende proces, f.eks. ved patenter, hvor der skal fastlægges en hvis nyhedsværdi samt opfindelseshøjde. Resultatet af registrering er juridisk ejerskab, som ejeren kan gøre gældende ved evt. patentkrænkelse.

Kontraktligt ejerskab

Kontraktligt ejerskab er baseret på forpligtelser mellem parter, der er etableret og dokumenteret ved indgåelse af en kontrakt. I denne kontrakt er parterne enige om visse rettigheder og pligter i forbindelse med det immaterielle aktiv. Kontrakten kan dermed give ret til ejerskab og kan håndhæves i tilfælde af kontraktbrud. Kontraktligt ejerskab ligger op af juridisk ejerskab og har et juridisk perspektiv.

Økonomisk ejerskab

Økonomisk ejerskab er knyttet til "økonomisk retfærdighed". Hvis en part giver værdifulde bidrag til immaterielle aktiver, kan dette medføre økonomisk ejerskab. Økonomisk ejerskab giver ret til del i indkomsten fra en vellykket kommercialisering af et immaterielle aktiv.[145]

[145] International Transfer Pricing Journal (2014), *Intangibles in Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?*, s. 336-337

4.4.2. Ejerskab og kontraktvilkår vedrørende immaterielle aktiver

I 2014 Deliverable danner juridisk ejendomsret og kontraktforhold udgangspunktet for enhver transfer pricing analyse, der involverer immaterielle aktiver.[146] Dog giver juridisk ejendomsret, efter 2014 Deliverable, ikke alene ret til afkast fra det immaterielle aktiv. Det afkast, der tilfalder den juridiske ejer, afhænger af de funktioner den udfører, de aktiver den anvender og de risici den påtager sig. Som eksempel nævnes et internt udviklet immaterielt aktiv, hvor den juridiske ejer ikke udfører relevante funktioner, anvender relevante aktiver og ikke påtager sig relevante risici og dermed kun bærer titlen som juridisk ejer. I dette tilfælde, er den juridiske ejer ikke berettiget til afkast fra de immaterielle aktiver andet end en eventuel armslængdekompensation for at bære titlen.[147] Derimod er den juridiske ejer, berettiget til al afkast, hivs denne udfører alle funktioner, bidrager med alle anvendte aktiver og påtager sig al risici forbundet med udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse.[148]

Det illustreres ved eksemplerne 1-3, at på trods af juridisk ejerskab, er en virksomhed kun berettiget til kompensation for de funktioner den udfører. Eksemplerne omhandler et datterselskab, der har tre advokater ansat udelukkende til at foretage patentregistreringer af de immaterielle aktiver, som moderselskabet udvikler gennem forskning- og udviklingsaktiviteter. Det er moderselskabet, der udfører alle funktioner, der relaterer sig til udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse. Det er ligeledes moderselskabet, der bærer al risikoen og anvender alle aktiver i forbindelse med udvikling. Det kan udledes af disse eksempler, at et selskab udelukkende er berettiget til kompensation for de funktioner det udfører. I dette tilfælde, er datterselskabets eneste funktion at registrere patentet, og skal derfor ikke modtage mere end armslængdekompensation for dette. I eksempel 3 sælger datterselskabet patenterne, og heller ikke her, på trods af juridisk ejerskab, er det berettiget til del i afkastet, udover kompensation for patentregistrering.[149]

2014 Deliverable videreführer princippet fra Discussion Draft om, at det skal undersøges, hvorvidt parternes adfærd stemmer overens med de kontraktuelle vilkår. Det fastslås, at hvis der ikke eksisterer et skriftligt grundlag, eller kontrakten er tvetydig eller ufuldstændig, er det parternes adfærd og økonomiske principper, der normalt regulerer forholdet mellem uafhængige parter, der danner grundlaget.[150] Dette princip blev til Discussion Draft kommenteret af erhvervslivet. Erhvervslivet pointerede, at når der ikke foreligger en skriftlig aftale, er dette ikke ensbetydende med, at der ikke

[146] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.35
[147] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.42
[148] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.51
[149] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 1-3
[150] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.36

er en kontrakt, da en sådan kan være indgået mundtligt eller være til stede på anden vis.[151] At OECD ikke har valgt, at mundtlige aftaler også skal tages i betragtning, er et udtryk for, at uanset kontraktgrundlaget, mundtligt eller skriftligt, er det parternes adfærd og økonomiske principper, der i overvejende grad regulerer forholdet mellem parterne. Herved kan det foreløbigt udledes, at OECD favoriserer økonomisk over juridisk ejerskab.

Økonomisk ejerskab er ikke et nyt fænomen. Som nævnt har USA altid været normdannende for den internationale udvikling for transfer pricing,[152] og USA's synspunkter vedrørende økonomisk ejerskab, har tidligere givet anledning til uoverensstemmelser. Den store medicinalvirksomhed GlaxoSmithKline indgik i 2006 et forlig med de amerikanske skattemyndigheder på 3,4 milliarder dollars. Medicinalproduktet Zantac var det bedst sælgende på markedet fra midt 80'erne til midt 90'erne og udgjorde halvdelen af selskabets omsætning. Produktet var udviklet i England, hvor moderselskabet var beliggende, og også det juridiske ejerskab. Overskuddet fra produktet Zantac blev beskattet i England, til en lavere skat, end hvis det var blevet beskattet i USA. De amerikanske skattemyndigheder argumenterede i sagen, at de markedsføringsomkostninger datterselskabet i USA havde afholdt, var afgørende for salget i USA, hvorfor en større del af indtjeningen skulle allokeres til datterselskabet.[153] Datterselskabet opnåede herved økonomisk ejerskab, og sagen er et eksempel på, hvilke problemstillinger juridisk kontra økonomisk ejerskab ligger op til. I det følgende vil det blive analyseret, hvilke elementer, der danner grundlag for økonomisk ejerskab ifølge 2014 Deliverable.

4.4.3. Funktioner, aktiver og risici i forbindelse med immaterielle aktiver

Som allerede nævnt, medfører juridisk ejerskab ikke i sig selv retten til afkast efter 2014 Deliverable. Derimod skal det identificeres, hvilke parter der udfører funktioner, anvender aktiver og påtager sig risici i relation til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver.[154] Hvad dette indebærer, vil blive gennemgået nedenfor.

---

[151] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* Deloitte
[152] jf. ovenfor under Retsgrundlaget for OECD Guidelines, introduktion til OECD, pkt. 2.1.
[153] The Wallstreet Street Journal Online (2006), *Glaxo to Settle Tax Dispute With IRS Over U.S. Unit for $3.4 Billion*
[154] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.47

Udførelse og kontrol af vigtige funktioner

Ud fra principperne i kapitel I-III i OECD Guidelines, skal hvert medlem af koncernen modtage armslængdekompensation for de funktioner den udfører. Dette gælder funktioner, der relaterer sig til udvikling, vedligeholdelse, forbedring, beskyttelse og udnyttelse af immaterielle aktiver.[155]

Ifølge 2014 Deliverable, afhængig af de faktiske forhold og omstændighederne, omfatter de vigtige funktioner design og kontrol af forskning- og marketingprogrammer, strategiske beslutninger vedrørende de immaterielle aktiver, herunder vigtige beslutninger vedrørende beskyttelse foruden ledelse og budgetplanlægning.[156] 2014 Deliverable giver hermed et indblik i, hvilke funktioner, der anses for vigtige og værdiskabende for de immaterielle aktiver, og dermed bør de parter, som udfører disse, modtage kompensation.

Det bliver påpeget, at mellem uafhængige parter, er det typisk tilfældet, at den part, der udfører funktioner på vegne af den juridiske ejer af det immaterielle aktiv, vil udføre disse funktioner under kontrol af den juridiske ejer. Forholdet mellem koncernforbundne parter er derimod anderledes, og her kan det sagtens være, at udførte funktioner bliver kontrolleret af en anden part en den juridiske ejer af det immaterielle aktiv. I dette tilfælde, noterer 2014 Deliverable, at den juridiske ejer skal give armslængdekompensation til den part, der udfører funktioner, der relaterer sig til udvikling, vedligeholdelse, forbedring, beskyttelse og udnyttelse af det immaterielle aktiv.[157]

Værdien af en parts bidrag til et immaterielt aktiv varierer afhængigt af omstændighederne. Det er klart, at des mere en part bidrager med, des mere skal denne modtage i kompensation. 2014 Deliverable giver som eksempel, at en virksomhed, der finansierer forskning og udvikling, bør modtage et lavere forventet afkast end hvis den både finansierer og kontrollerer forskning- og udviklingsprojektet.[158]

Disse principper illustreres bl.a. ved eksemplerne 1-6. Eksempel 1-3 er allerede blevet berørt kort ovenfor. Eksempel 3 og 4 vedrører salg af patenter til en uafhængig virksomhed. I eksempel 3 er datterselskabet juridisk ejer af patenterne, men de eneste funktioner datterselskabet udfører, er patentregistrering under ledelse og kontrol af moderselskabet. Datterselskabet er derfor ved salg af patenterne ikke berettiget til del i afkastet udover kompensation for registreringsfunktionerne.[159]

---

[155] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.50
[156] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.56
[157] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.53
[158] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.55
[159] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 3

Derimod i eksempel 4, har datterselskabet medarbejdere, som er i stand til at træffe ledelsesmæssige beslutninger vedrørende patentporteføljen. Herunder beslutninger vedrørende udstedelse af licenser samt forhandling med licenstagere og kontrol af, at disse overholder licensvilkårene. Værdien af patenterne stiger, og datterselskabet sælger patenterne til en pris, der overstiger den der oprindeligt var betalt til moderselskabet for overdragelse af patenterne. Datterselskabet tager selv alle beslutninger vedrørende salget af patenterne, foretager selv alle forhandlingerne og i det hele taget styrer og kontrollerer datterselskabet selv salget. I dette tilfælde, er datterselskabet berettiget til at tilbageholde provenuet fra salget.[160] Var værdien af patenterne i stedet faldet og omstændighederne ellers er de samme som i eksempel 4, er det også datterselskabet, som skal lide tabet.[161]

Under samme omstændigheder som i eksempel 4, er det dog vigtigt at se nærmere på, hvorfor værdien af patenterne er steget. I eksempel 6 skyldes stigningen moderselskabets indsats i lanceringen af produktet. Det er moderselskabet, der har afholdt omkostninger og styret en intensiv markedsføringskampagne, der er resulteret i en betydelig stigning i mængden af royalties som datterselskabet modtager. Under disse omstændigheder, skal datterselskabet kompensere moderselskabet for sine bidrag til en øget værdi af patenterne.[162] I dette eksempel minder principperne om de amerikanske skattemyndigheders argumentation i GlaxoSmithKline-sagen, beskrevet ovenfor. For GlaxoSmithKline var det ligeledes markedsføringsomkostninger, der dannede grundlag for ejerskab.

Erhvervslivet efterspurgte til Discussion Draft, en forklaring på, om de vigtige funktioner vedrører strategiske beslutninger angående det immaterielle aktiv, eller den faktiske udførelse af vigtige funktioner. Det kan udledes ud fra ovenstående eksempler, at de strategiske beslutninger, herunder ledelse og kontrol af udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse er afgørende, når afkastet til de immaterielle aktiver skal fordeles. Eksemplerne viser, at alle parter skal kompenseres for de funktioner de udfører, og indebærer funktionerne et element af ledelse og kontrol, øges kompensationen.

Erhvervslivet efterspurgte også et svar på, om de udførte funktioner i forbindelse med udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse er lige vigtige ved afgørelsen om, hvem der har ret til afkast. Det blev kommenteret til Discussion Draft, at denne favoriserede de funktioner, der fører til

[160] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 4
[161] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 5
[162] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 6

udvikling og forbedring af immaterielle aktiver, frem for vedligeholdelse og beskyttelse.[163] Det blev hertil pointeret, at mange typer af immaterielle aktiver kræver både vedligeholdelse og beskyttelse, heriblandt patentregistrering. Denne favorisering har OECD i 2014 Deliverable nu ændret, i punktet vedrørende passende kompensation, er der nu lige meget vægt på udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse.[164] Funktioner, der relaterer sig til udnyttelse af de immaterielle aktiver, er en tilføjelse siden Discussion Draft, og indgår i funktioner på lige fod med udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse. Det kan hermed udledes, at OECD ikke ønsker, at der er funktioner, der er vigtigere end andre. Derimod skal de parter, der udfører funktioner, der relaterer sig til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse modtage passende kompensation herfor.

Der gives dog stadig ikke et entydigt billede af, i hvor høj grad disse funktioner skal udføres og eksempelvis, hvor meget budgetplanlægning der skal til for at udgøre en vigtig funktion. Uklarhed på netop dette område kan føre til tvister mellem virksomheder og skattemyndigheder eller skattemyndigheder imellem. Erhvervslivet kommenterede desuden til Revised Discussion Draft, at de er bekymrede for, at med den vægt der nu skal tillægges de vigtige funktioner, vil medføre, at skattemyndighederne kan finde vigtige funktioner i næsten alle selskaber i en multinational koncern, hvis de på den ene eller den anden måde berører værdifulde immaterielle aktiver ejet af koncernen.[165]

Anvendte aktiver

Anvendte aktiver er en ny sektion, der er blevet tilføjet siden Discussion Draft, og indebærer, at medlemmer af en multinational koncern, der anvender aktiver til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver, bør modtage en passende kompensation herfor. Sådanne aktiver kan omfatte immaterielle aktiver anvendt i forskning, udvikling eller marketing, fysiske aktiver eller finansiering. Det kan være et enkelt medlem af en multinational koncern, der bidrager til finansiering af udvikling, forbedring, mv. af et immaterielt aktiv, mens andre medlemmer udfører relevante funktioner. Ved vurderingen af passende afkast til finansieringen, under disse omstændigheder, skal det anerkendes, at en part, der giver finansiering, men ikke kontrollerer risici eller udfører andre funktioner forbundet med den finansierede aktivitet, generelt ikke modtager afkast svarende til en sammenlignelig investor, der også udfører og styrer vigtige funktioner samt bærer og kontrollerer risici forbundet med den finansierede aktivitet.[166]

---

[163] OECD (2012), *Discussion Draft,* pkt. 39
[164] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.51
[165] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* EY
[166] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.59

Finansiering og risiko er integreret, da finansiering ofte betyder, at den finansierende part påtager sig risici, eksempelvis ved at denne påtager sig risikoen for tab af midlerne. 2014 Deliverable understreger alligevel, at disse skal analyseres separat. Påtaget risici skal udledes af kontraktuelle vilkår, parternes adfærd og solvens blandt medlemmer af koncern, endvidere kontrol over påtaget risici. Tidspunktet for investeringen i udviklingsfasen, om det er på et tidligt eller sent stadie, kan også give en indikation om risikoen for investeringen.[167] Hermed konstaterer OECD, at det ikke uden videre kan antages, at den der finansierer udviklingen af immaterielle aktiver, også bærer den forbundet risiko.

Sektionen vedrørende anvendte aktiver står stort set uændret fra Revised Discussion Draft, og hertil kommenterede erhvervslivet, at der i vid udstrækning fokuseres på finansielle aktiver, og at det kan være vanskeligt at adskille bidragene fra finansielle aktiver fra spørgsmålet om risiko. Erhvervslivet pointerer desuden vigtigheden i, at anerkende, at et bidrag i form af finansielle aktiver med høj investeringsrisiko, kan resultere i meget store afkast, hvis investeringen er vellykket. Derudover noterer erhvervslivet, at det er uklart, hvordan finansieringsrisiko adskiller sig fra udviklingsrisiko.[168]

Spørgsmålet om, hvordan finansieringsrisiko adskiller sig fra udviklingsrisiko kan muligvis udledes af pkt. 6.61 i 2014 Deliverable. Her opstilles fem spørgsmål, der er vigtige at have i betragtning, når det skal afgøres, hvem der bærer den finansielle risiko, og hvor meget afkast denne er berettiget til:[169]

I. Hvad er den finansielle risiko?
II. Har denne den finansielle kapacitet til at bære risikoen?
III. Hvordan og hvem kontrollerer den finansielle risiko?
IV. Hvilke finansieringsmuligheder har parterne realistisk set til rådighed?
V. Hvad er den forventede armslængdekompensation for at påtage den finansielle risiko?

Det må konstateres, at der under sektionen anvendte aktiver, er fokus på finansielle aktiver, som erhvervslivet også pointerede til Revised Discussion Draft. Dette har OECD alligevel ikke valgt at ændre til 2014 Deliverable, men hertil er det vigtigt at have in mente, at afsnittet ikke er endeligt,

[167] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.60
[168] OECD (2012), *Comments received to the Discussion Draft,* KPMG, Deloitte
[169] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.61

og OECD har derfor mulighed for i deres endelige version at uddybe anvendte aktiver på andre områder end bidrag af finansielle aktiver.

Påtaget risici

De medlemmer af koncernen, der bærer eller kontrollerer risici i forbindelse med udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver, er berettiget til del i afkast fra disse. Det kan være den juridiske ejer, der bærer og kontrollerer risici. Hvis derimod andre medlemmer bærer eller kontrollerer risici skal de medlemmer modtage armslængde kompensation for dette.[170]

Særlige typer af risici, der kan have betydning i en funktionsanalyse vedrørende transaktioner, der involverer immaterielle aktiver:[171]

i. Risici i forbindelse med udviklingen af immaterielle aktiver, herunder risikoen for, at omkostningstunge forsknings- og udviklingsprojekter eller markting aktiviteter viser sig at være forgæves
ii. Risikoen for produktforældelse, herunder risikoen for, at konkurrenter opnår teknologiske fremskridt, der påvirker de immaterielle aktivers værdi negativt
iii. Risikoen for patentkrænkelse, herunder tidskrævende og omkostningstung retsforfølgelse, der kan vise sig at være forgæves
iv. Produktansvar og lignende risici vedrørende produkter og tjenesteydelser baseret på de immaterielle aktiver.

2014 Deliverable understreger, at det er særlig vigtigt at sikre, at de medlemmer af koncernen, der hævder at have retten til afkast på baggrund af kontraktlige aftaler, også bærer ansvaret, hvis der opstår en forsikringssag. I en transaktion, hvor den ene part både er tildelt risikoen ved kontrakt og samtidig udfører funktioner, der kontrollerer risici, mens den anden part bærer omkostningerne forbundet med disse risici, er det vigtigt, at fordelingen af risici stemmer overens med omkostningsfordelingen.[172]

Vurderingen af, hvordan risikoen skal fordeles, illustreres ved eksempel 8. I eksemplet udvikler et moderselskab i medicinalindustrien et patent vedrørende et bestemt produkt. Moderselskabet får

[170] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.63
[171] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.64
[172] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.65

datterselskabet til at distribuere dette produkt med begrænset risiko. Det vil sige, at det ligger i distributionsaftalen, at moderselskabet bærer risikoen for tilbagekaldelse af produktet samt risikoen for produktansvar. Moderselskabet er dermed berettiget til overskud vedrørende salg af produktet efter at have kompenseret datterselskabet for dets distributionsfunktioner. I eksemplet kommer det frem, efter at have solgt produktet i tre år, at det forårsager alvorlige bivirkninger ved en stor del af de patienter, der anvender produktet, det er derfor nødvendigt at tilbagekalde produktet og fjerne det fra markedet. I forbindelse med tilbagekaldelsen bliver datterselskabet pådraget betydelige omkostninger, og moderselskabet dækker ikke disse omkostninger eller de omkostninger der stammer fra produktansvar.[173]

I dette eksempel er det tydeligt, at der ikke er overensstemmelse mellem hvem der er berettiget til afkast ved udnyttelse af produktets immaterielle aktiver og hvem der bærer omkostningerne for de risici der er forbundet med salg af produktet.

2014 Deliverable fastslår, at det i dette tilfælde er nødvendigt at identificere den sande natur af forholdet mellem parterne for derefter at lave en passende transfer pricing justering. Hertil er det hensigtsmæssigt at betragte de risici som parterne hver især har båret, baseret på parternes adfærd i tidsrummet for aftalen. Dernæst hvilken part, der har udøvet kontrol over risikoen og parternes respektive kapacitet til at bære risikoen, og andre relevante fakta. Kan det herefter fastslås, at der er tale om en distributionsaftale med begrænset ansvar, vil den mest hensigtsmæssige justering, ifølge 2014 Deliverable, sandsynligvis være at omfordele omkostninger forbundet med tilbagekaldelse og produktansvar til moderselskabet i stedet for datterselskabet.[174]

Det kan således udledes af principperne og eksemplet, at kontrol over risikoen og kapacitet til at bære denne er afgørende elementer, når der skal fordeles afkast. Samtidig, at den der modtager afkastet, også er den som bliver pålagt et evt. tab.

[173] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 8, pkt. 18-20
[174] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 8, pkt. 21

Uventede ex post afkast

I 2014 Deliverable er der blevet tilføjet en ny analyse, der omhandler uventede ex post afkast af immaterielle aktiver, og er den største udvikling på området for ejendomsret.

Det anføres i 2014 Deliverable, at det er helt almindeligt, at uventede begivenheder kan føre til en stigning eller et fald i afkastet hidrørende fra de immaterielle aktiver, således at det faktiske (ex post) afkast er anderledes end forventet (ex ante). Som eksempler nævnes, et konkurrencedygtigt produkt, der fjernes fra markedet, en naturkatastrofe i et vigtigt marked eller et teknologisk gennembrud hos en konkurrent, der bevirker at produkter baseret på de immaterielle aktiver forældes eller bliver mindre populære.[175]

2014 Deliverable fastslår, at koncernforbundne virksomheder, der bidrager til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver, skal kompenseres ex ante.[176] Desuden pointeres det, at kontraktvilkår og –betingelser danner udgangspunktet for analysen af uventede ex post afkast. Herefter kræver OECD en yderligere analyse af to spørgsmål:[177]

- Hvorvidt ex ante kompensationen er i overensstemmelse med parternes adfærd og armslængdeprincippet
- Hvilken enhed i koncernen, der bærer risikoen for uventede udviklinger

Rammen for kapitel VI medfører, at overskud, efter armslængdekompensation til andre medlemmer af koncernen for bidrag til udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse, i princippet placeres hos virksomheden med den juridiske ejendomsret.[178] Samtidig argumenteres det flere gange i 2014 Deliverable for, at virksomheden med den juridiske ejendomsret ikke har ret til kompensation, hvis denne ikke har bidraget til værdiskabelsen af de immaterielle aktiver i form af udvikling, forbedring, vedligeholdelse og beskyttelse.[179] Dette giver anledning til spørgsmålet om, hvorledes en situation skal behandles, når koncernmedlemmer har modtaget armslængdekompensation, og det ikke var forudset, at den med juridisk ejer ville opnå stort overskud fra immaterielle aktiver grundet uforudsete omstændigheder, som eksempelvis et konkurrencedygtigt produkt, der fjernes fra markedet.[180] Det må derfor antages, at OECD har valgt at indføre denne ex post analyse,

[175] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.66
[176] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.45
[177] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.67
[178] Wittendorff (2015), *Third Draft on Intangibles*, p. 170
[179] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.42, 6.47, 6.54 og 6.57
[180] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.66

således at disse overskud fordeles mellem koncernmedlemmerne fremfor automatisk at overgå til den juridiske ejer.

Eksempel 7 berører overfladisk princippet om faktisk og forventet overskud. Eksemplet omhandler to virksomheder, der beslutter sig for at udvikle et immaterielt aktiv, der forventes at være yderst rentabelt. Ifølge udviklingsaftalen mellem Virksomhed A og Virksomhed B er det Virksomhed B, der skal udføre og kontrollere alle aktiviteter, der relaterer sig til udvikling, vedligeholdelse og udnyttelse af det immaterielle aktiv. Virksomhed A skal finansiere udviklingen af det immaterielle aktiv og blive den juridiske ejer. I dette eksempel fastslås det, at Virksomhed A er berettiget til 20 % af det forventede overskud og Virksomhed B er berettiget til 80 % af det forventede overskud. Hertil understreger 2014 Deliverable, at det faktiske overskud i dette tilfælde sandsynligvis vil være højere eller lavere end det forventede overskud, og at forskellen vil blive tildelt Virksomhed A og/eller Virksomhed B.[181]

I dette eksempel tager OECD ikke stilling til, hvordan en stigning eller et fald i det faktiske afkast skal fordeles, men det kan formentlig udledes, at uventede begivenheder ikke nødvendigvis skal pålægges den juridiske ejer.

4.4.4. Anvendelsen af principperne om ejendomsret i konkrete situationer

Ovenstående principper skal anvendes i forskellige situationer, der vedrører udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af immaterielle aktiver. Medlemmer af en koncern, der bidrager til værdiskabelsen, og hvor et andet medlem af koncernen er juridisk ejer, skal som nævnt modtage armslængdekompensation for de funktioner de udfører. Ved vurderingen af, om medlemmerne af koncernen, der udfører funktioner, anvender aktiver og påtager sig risici har modtaget armslængdekompensation, er det nødvendigt at have niveauet og arten af den udførte aktivitet i betragtning, men også beløbet og formen af kompensationen.[182]

I det følgende vil konkrete situationer opstillet af 2014 Deliverable blive gennemgået samt inddragelse af relevante eksempler. I disse konkrete situationer anvendes begrebet marketingaktiver, som ikke hidtil er blevet anvendt i kapitlet, men udelukker ikke kravet om specificitet.

[181] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 7
[182] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.72

Udvikling og forbedring af marketingaktiver

I 2014 Deliverable opstilles en situation, hvor det netop er relevant at inddrage ovenstående principper. Nemlig når en virksomhed, som er koncernforbundet med den juridiske ejer af et varemærke, udfører markedsføring eller salgsfunktioner, der gavner den juridiske ejer af varemærket. I disse tilfælde, er det nødvendigt at afgøre, hvordan den der markedsfører eller distribuerer skal kompenseres for disse aktiviteter. Her understreger 2014 Deliverable, at et vigtigt spørgsmål i denne situation er, hvorvidt den der markedsfører eller distribuerer, kun skal kompenseres for disse ydelser, eller hvorvidt de også skal kompenseres for at øge værdien af varemærkerne og andre marketingaktiver som resultat er deres udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici.[183] Dette vil blive analyseret i det følgende.

Til analysen af dette spørgsmål skal det ifølge 2014 Deliverable vurderes, hvilke forpligtelser og rettigheder er underforstået mellem parterne, hvem udfører funktioner, anvender aktiver og påtager risici, den værdi den der markedsfører eller distribuerer forventes at tilføre til det immaterielle aktiv og hvilken kompensation er der blevet givet for de udførte funktioner. 2014 Deliverable gør det klart, at hvor en distributør bliver styret og kontrolleret i sine aktiviteter af ejeren af et varemærke, er denne udelukkende berettiget til kompensation for distributionsaktiviteterne. I en sådan situation kontrollerer eller bærer distributøren ikke risici forbundet med udviklingen af varemærket og er derfor ikke berettiget til yderligere kompensation.[184]

Dette princip er illustreret ved eksempel 9 i 2014 Deliverable. I dette eksempel har distributøren indgået en langsigtet royalty-fri distributionsaftale med producenten og fået eneret på markedet i fem år med mulighed for forlængelse med yderligere fem år. Distributørens eneste aktivitet er markedsføring og distribution af produktet med det pågældende varemærke. Foruden distributionsfunktionen bærer distributøren de regnskabsmæssige omkostninger og påtager sig de tilsvarende risici. Derudover rådfører distributøren sig med producenten vedrørende udvikling af en markedsføringsstrategi, og det er producenten der udvikler den overordnede markedsføringsplan, der er baseret på erfaring fra andre lande. Det er ligeledes producenten, der godkender markedsføringsbudgetter og tager de endelige beslutninger vedrørende reklamedesign, produktpositionering og reklamebudskaber. Distributøren rådfører sig om lokale markedsforhold, men hjælper ellers med at eksekvere markedsføringsstrategien under producentens ledelse. Distributøren modtager kompensation for at assistere med markedsføringsaktiviteterne og får dækket udgifterne forbundet hermed samt et passende overskud. Under disse omstændigheder, er producenten berettiget til alle indtægter vedrørende udnyttelse af varemærke og firmanavn, der overstiger armslængdekompen-

[183] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.73
[184] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.74

sation til distributøren for sine funktioner.[185] I dette eksempel er det meget tydeligt, hvilken part, der har kontrollen og tager beslutningerne, og det er også uden tvivl den, der er berettiget til afkast for udnyttelse af de immaterielle aktiver.

Derimod i tilfælde, hvor distributøren faktisk afholder udgifter til markedsføring og der ikke er aftalt, at den juridiske ejer skal refundere udgifterne, bør analysen fokusere på, hvorvidt distributøren har mulighed for at få del i potentielle fordele, der følger af dens udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici. Muligheden for at få del i potentielle fordele, afhænger som regel af distributørens rettigheder. Disse rettigheder kan eksempelvis indebære en langsigtet kontrakt om eneforhandlingsretten til det varemærkebeskyttede produkt, hvorved distributøren er sikret omsætning og markedsandel. I dette tilfælde, kan distributøren have øget værdien af sine egne immaterielle aktiver, særligt distributionsrettighederne. Her pointerer 2014 Deliverable, at distributørens fordele skal opgøres på baggrund af, hvad en uafhængig distributør ville have opnået under lignende omstændigheder. Der kan også være tilfælde, hvor en distributør udfører funktioner, anvender aktiver og påtager risici, der overstiger, hvad en uafhængig distributør med lignende rettigheder ville pådrage sig eller udføre til gavn for dets egne distributionsaktiviteter, og samtidig skaber værdi udover, hvad en lignende distributør ville skabe. I et sådant tilfælde, vil en uafhængig distributør typiske kræve større kompensation fra ejeren af varemærket.[186]

Hvor distributøren har mulighed for at få del i potentielle fordele af markedsførings- og distributionsaktiviteterne, er illustreret ved eksempel 10 i 2014 Deliverable. De faktiske omstændigheder er de samme som i eksempel 9 beskrevet ovenfor, dog er distributøren i dette eksempel forpligtet til at udvikle og udføre markedsføringsstrategien uden kontrol fra producenten. Distributøren afholder desuden selv udgifter og påtager sig visse risici forbundet med markedsføringsaktiviteterne. Distributøren udfører selv funktionerne, bærer omkostningerne og påtager sig de tilsvarende risici i forbindelse med markedsføringsaktiviteterne, under en langsigtet kontrakt og med eneret til at distribuere produktet. Under disse omstændigheder, er der en mulighed for, at distributøren kan få del i potentielle fordele eller lide et tab som følge af dens markedsførings- og distributionsaktiviteter. I eksemplet antages det, at distributøren opnår et overskud, der svarer til, hvad uafhængige distributører, der bærer de samme typer risici og omkostninger ville opnå i de første par år ved en langsigtet kontrakt. Som nævnt ovenfor skal distributørens fordele netop opgøres på baggrund af dette. Derfor, når det er oplyst i dette eksempel, at distributørens overskud svarer til, hvad en uafhængig sammenlignelig distributør ville have opnået, afspejler afkastet armslængdekompensation

[185] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 9
[186] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.75

for distributørens bidrag og måler præcist andelen i indtægterne ved udnyttelse af varemærket og firmanavn.[187]

Har distributøren derimod udført funktioner, anvendt aktiver og påtaget risici, der overstiger, hvad en uafhængig distributør under lignende omstændigheder ville have udført, skal der kompenseres for dette så det er konsistent med, hvad uafhængige virksomheder ville have tjent. Dette princip illustreres ved eksempel 11, og her foreslås det, at en transfer pricing justering, kan ske ved at reducere prisen som distributøren har betalt for de indkøbte produkter eller ved direkte at kompensere distributøren for de ekstra markedsføringsudgifter den har afholdt. Eksempel 11 foreslår også en alternativ fremgangsmåde, hvorved overskuddet splittes og distributøren og producenten får først afkast for de funktioner de hver især har udført, og dernæst for deres bidrag til at generere indkomst og for at tilføre af værdi til varemærket og firmanavnet.[188]

Det kan således udledes af eksemplerne, at en distributør for det første skal kompenseres for sine aktiviteter. Dernæst, hvis distributøren afholder eksempelvis markedsføringsomkostninger, skal denne have del i potentielle fordele, ligesom en uafhængig distributør ville have opnået. Overstiger distributørens funktioner mv., hvad en uafhængig distributør ville have udført, skal der yderligere kompenseres for dette. Dermed skal en distributør ikke kompenseres direkte for at øge værdien af de immaterielle aktiver, men kompenseres for udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici i form af fordele som eksempelvis eneforhandlingsret, og dermed sikre omsætning og overskud.

Forsknings-, udviklings- og procesoptimeringsprojekter

Ovenstående principper om ejendomsret er også relevante at inddrage i situationer, hvor et medlem af en multinational koncern udfører forsknings- og udviklingsfunktioner under kontraktlig aftale med et andet medlem i koncernen, der er den juridiske ejer af eventuelle immaterielle aktiver. Passende kompensation for forskningsaktiviteter afhænger, ifølge 2014 Deliverable, af omstændighederne, herunder om forskerne besidder unikke kompetencer og har relevant erfaring. Derudover om virksomheden bærer risici, anvender egne immaterielle aktiver og om den er kontrolleret og styret af en anden part.[189]

I eksempel 15 arbejder et datterselskab på et særskilt projekt tildelt af moderselskabet. Datterselskabet rapporterer fremskridt på månedsbasis, og hvis det overskrider budgettet skal dette god-

[187] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 10
[188] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 11
[189] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.76

kendes af ledelsen i moderselskabet. Moderselskabet bærer alle risici og omkostninger forbundet med forsknings- og udviklingsprojektet, og alle patenter, designs og andre immaterielle aktiver udviklet af datterselskabet registreres af moderselskabet, som også betaler et gebyr til datterselskabet for dets aktiviteter. Eksemplet understreger, at moderselskabet er den juridiske ejer, og styrer og kontrollerer datterselskabets forsknings- og udviklingsprojekter. Desuden udfører moderselskabet de vigtige funktioner i forbindelse med dette arbejde, såsom budgettering, oprettelse af forskningsprogrammer og designe projekter. Under disse omstændigheder er moderselskabet berettiget til afkast, der stammer fra udnyttelse af de immaterielle aktiver som datterselskabet har udviklet. Datterselskabet er berettiget til kompensation for dets udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici.[190]

Derimod kan det udledes af eksempel 16, at på trods af at moderselskabet er juridisk ejer, er det ikke berettiget til afkast, der relaterer sig til de immaterielle aktiver. I eksemplet er det oplyst, at moderselskabet ikke udøver kontrol over datterselskabets forskningsfunktioner, herunder de vigtige funktioner i forbindelse med ledelse, design og budgettering. Det pointeres endvidere i eksemplet, at skattemyndigheder kan nå frem til, at en passende kompensation til datterselskabet for dets bidrag, kan være at det ikke skal betale royalty eller anden form for betaling for retten til at anvende succesfuldt udviklet immaterielle aktiver. Således vil fremtidige indtægter, der stammer fra udnyttelsen af disse immaterielle aktiver blive tildelt datterselskabet. Udnytter moderselskabet selv de immaterielle aktiver, skal det give passende kompensation til datterselskabet for dets udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici i forbindelse med udviklingen af de immaterielle aktiver.[191]

Ved hjælp af eksemplerne opstilles det meget tydeligt, at den part, der styrer, budgetplanlægger og designer projekterne også bliver berettiget til indtægter fra de immaterielle aktiver, uanset juridisk ejerskab. I eksempel 15 og 16 er alle de vigtige funktioner samlet hos enten den juridiske ejer eller hos datterselskabet.

I eksempel 18 bliver det juridiske ejerskab til det immaterielle aktiv, i et tidligt stadie af udviklingen, overdraget fra Virksomhed A til Virksomhed B. Det er Virksomhed A, der forstætter udviklingen af produktet, udfører og kontrollerer vigtige funktioner samt styrer risici. Det er dog Virksomhed B, der påtager sig den finansielle risiko. Det kan udledes af eksempel 18, at selvom det juridiske ejerskab bliver overdraget, er den ikke berettiget til al afkast fra det immaterielle aktiv. Det er Virk-

[190] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 15
[191] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 16

somhed A, der er berettiget til den største del af afkastet og skal samtidig kompenseres for de vigtige funktioner den udfører. Selvom Virksomhed B påtager sig den finansielle risiko, er det stadig Virksomhed A, der har kontrol over og styrer risici, og er derfor berettiget til afkast.[192]

Eksempel 18 er en illustration af et eksempel fra den virkelige verden. I sagen Eli Lilly & Company v. Commissioner of Internal Revenue, minder fakta om eksempel 18. Eli Lilly opnår patent på et smertestillende produkt, der genererer et salg i USA på 30 mio. Dollars i 1965. Herefter opretter Eli Lilly et datterselskab i Puerto Rico til at fremstille produktet og en stor del af indtjeningen allokeres til datterselskabet. I sagen blev det argumenteret af de amerikanske skattemyndigheder, at overførslen af de immaterielle produktionsaktiver ikke var på armslængde og justerede derfor indtjeningen ved at reducere datterselskabets priser til Eli Lilly og øge Eli Lillys del i overskuddet. Sagen minder om eksempel 18, da selvom de immaterielle produktionsaktiver var overdraget til datterselskabet, var det forsat Eli Lilly som udførte kvalitetskontrol og ligeledes Eli Lily der stod for at videreudvikle produktet.[193]

At flere eksempler bygger på tidligere sager er et udtryk for, at immaterielle aktiver er et fænomen, der giver anledning til uoverensstemmelser mellem skatteydere og skattemyndigheder, og har gjort det i mange år. Eli Lilly sagen viser, hvordan de amerikanske myndigheder har håndteret sagen med overdragelse af juridisk ejerskab, og at eksempel 18 afspejler denne sag er et udtryk for, at OECD igen følger USA's eksempel.

Betaling for brug af virksomhedens navn

Ifølge 2014 Deliverable opstår der ofte spørgsmål vedrørende armslængdekompensation for brug af gruppenavne, firmanavne og lignende immaterielle aktiver. Hertil er det angivet, at der som hovedregel ikke skal ske betaling blot for erkendelse af gruppemedlemsskab eller brug af gruppens navn.[194] Dog, hvor et medlem af en koncern er ejer af et varemærke eller andre immaterielle aktiver for gruppenavnet, og hvor brugen af navnet giver en økonomisk fordel til de andre medlemmer af koncernen, konstaterer 2014 Deliverable, at betaling for brug ville have fundet sted mellem uafhængige parter.[195] Ved fastsættelsen af betalingen for et gruppenavn, er det vigtigt at have størrelsen af den økonomiske fordel i betragtning, ligeledes omkostninger og fordele forbundet med andre

[192] OECD (2014), *2014 Deliverable,* eksempel 18
[193] 856 F.2d 855, Eli Lilly & Company v. Commissioner of Internal Revenue
[194] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.78
[195] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.79

alternativer samt de bidrag til værdien af navnet som den juridiske ejer og dem der bruger navnet har tilført ved udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici. [196]

Ved at introducere betaling for brug af virksomhedens navn, bliver det endnu mere komplekst at lave en transfer pricing analyse, og dermed også mere byrdefuldt for skatteyderne. Det er tidskrævende at analysere, hvilke fordele medlemmer af koncernen får ved at bruge virksomhedens navn, og ikke mindst hvilke parter, der har bidraget til værdiskabelsen af firmanavnet. Det tager ofte lang tid at skabe et navn, der opnår anerkendelse på markedet, hvilket gør det vanskeligt at vurdere, hvilke parter, der har bidraget til netop dette.

Erhvervslivet har identificeret en situation, hvor der ikke bør ske betaling for brug af virksomhedens navn og en situation, hvor der bør overvejes betaling. Den første situation er, hvor en succesfuld virksomhed bliver erhvervet af en anden succesfuld virksomhed og den virksomhed, der bliver overtaget, begynder at bruge firmanavnet for den overtagende virksomhed. I dette tilfælde mener erhvervslivet, at det ikke automatisk bør antages, at en sådan anvendelse kræver betaling.
Det andet tilfælde er, at den erhvervende virksomhed vil udnytte den eksisterende position for den virksomhed den overtager til at promovere sit eget firmanavn. I dette tilfælde bør det overvejes, om erhververen skal foretage betaling eller på anden måde kompensere den overtagne virksomhed for de udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici den overtagne virksomhed har bidraget med til at promovere erhververens firmanavn.[197]

Der er ikke eksempler i 2014 Deliverable, der illustrerer situationer, hvor der skal ske betaling for brug af virksomhedens navn. Som nævnt, er det tidskrævende at analysere, hvilke parter, der har bidraget til værdiskabelsen, og erhvervslivet har identificeret situationer, hvor det bør overvejes om der skal ske betaling. Eksempler på dette område, vil gøre det klart, hvornår der skal ske betaling for anvendelse af firmanavn og samtidig gøre det lettere for skatteydere at identificere om der skal ske betaling og lave en transfer pricing analyse på baggrund af dette.

[196] OECD (2014), *2014 Deliverable,* pkt. 6.80
[197] International Transfer Pricing Journal (2014), *The Revised OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, s. 7 og Global Tax Alert (2014), *OECD issues updated guidance under BEPS Action 8 on transfer pricing aspects of intangibles*, s. 5

4.4.5. Diskussion

Principperne om ejerskab i 2014 Deliverable, og eksemplerne hertil, er ukontroversielle og opstillet på en måde, så der ikke opstår tvivl om, hvem der er berettiget til afkast fra de immaterielle aktiver. Det kan dog diskuteres, hvorvidt der er behov for eksempler, som illustrerer situationer, hvor det ikke er så lige til at vurdere, hvem der er berettiget til afkast.

Ved en gennemgang af principperne og eksemplerne om juridisk ejendomsret, opstår der ingen tvivl om, at juridisk ejerskab ikke i sig selv berettiger til afkast. Eksemplerne samler alle de vigtige udførte funktioner hos enten den juridiske ejer eller en anden part, og den der udfører de vigtige funktioner er berettiget til afkast. Ligeledes ved anvendelsen af principperne i konkrete situationer gælder det, at alle de vigtige funktioner vedrørende markedsføring og distribution samles hos enten producenten eller distributøren selv. Det afgørende for, hvem der er berettiget til afkast er, hvem der udvikler markedsføringsstrategien og godkender markedsføringsbudgettet. Det samme gælder forskning- og udviklingsprojekter, den der styrer og kontrollerer projekterne samt godkender budgetter bliver berettiget til afkast. Og også her er netop disse funktioner samlet hos enten den juridiske ejer eller et datterselskab.

2014 Deliverable gør det klart, at afkast skal bygges op omkring det økonomiske ejerskab. Der mangler dog stadig eksempler, hvor det bliver illustreret, hvordan afkastet skal fordeles, når andre end den juridiske ejer udfører enkelte af de vigtige funktioner og ikke alle de vigtige funktioner. Et eksempel, hvor en part styrer og kontrollerer udviklingsprojekterne, men ikke nødvendigvis godkender budgettet. Det er gjort klart, at der ikke er funktioner i forbindelse med udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse, der er vigtigere end andre, men der bliver ikke givet et entydigt svar på, om der er vigtige funktioner, der vægtere højere end andre, når der skal fordeles afkast. Samtidig gives der ikke et entydigt svar på, i hvor høj grad de vigtige funktioner skal udføres. I alle eksemplerne bliver der lagt meget vægt på ledelse og kontrol, og hvis dette skal tillægges en betydning, kan det udledes, at godkendelse af markedsføringsbudget er vigtigere end selve udviklingen af markedsføringsstrategien.

4.4.6. Sammenfatning

På området for ejerskab til immaterielle aktiver er der med 2014 Deliverable sket en markant udvikling i forhold til det nuværende kapitel i OECD Guidelines. 2014 Deliverable opstiller en række trin, der skal anvendes ved vurderingen af, hvem der er berettiget til afkast fra de immaterielle aktiver.

Ud fra principperne og eksemplerne i 2014 Deliverable, kan det udledes, at juridisk ejendomsret danner udgangspunktet, men ikke alene kan berettige afkast. Derimod skal det analyseres, hvem

der udfører og kontrollerer vigtige funktioner, hvem der anvender aktiver og påtager risici i forbindelse med udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver.

Det kan udledes af eksemplerne, at ledelsesmæssige beslutninger og kontrol er funktioner, som ifølge 2014 Deliverable betragtes som vigtige funktioner, og udførelsen af disse berettiger dermed til afkast. På lige fod, er den der anvender egne immaterielle aktiver, fysiske aktiver eller finansierer de immaterielle aktiver berettiget til afkast og kompensation for dette. Den der påtager sig risiko og kontrollerer risiko er ligeledes berettiget til afkast fra de immaterielle aktiver, men det kan også udledes af eksemplerne, at den der har udøvet kontrol og samtidig har kapacitet til at bære risikoen, også er den der skal lide tabet ved evt. tilbagekaldelse af produkt eller andre omkostningstunge begivenheder.

Desuden er der tilføjet en ekstra analyse vedrørende uventede ex post afkast, der medfører, at uventede afkast fordeles mellem koncernmedlemmerne fremfor at overgå til den juridiske ejer.

Hermed medfører 2014 Deliverable, at økonomisk ejerskab vægter højere end juridisk ejerskab, når det skal vurderes, hvilke parter der er berettiget til afkast fra de immaterielle aktiver, og hvor meget de enkelte er berettiget til.

5. Retspolitiske betragtninger

Hovedformålet med afhandlingen, har været at analysere 2014 Deliverable, og såfremt den i sin form bliver indsat i OECD Guidelines, udlede gældende ret. For at udlede gældende ret var det nødvendigt med en indledningsvis undersøgelse af retsgrundlaget for OECD Guidelines. Dernæst at analysere 2014 Deliverable med fokus på definition og identifikation af immaterielle aktiver samt ejendomsret til immaterielle aktiver.

For at opnå en internationalt harmoniseret fortolkning af immaterielle aktiver er det nødvendigt med en skarp og klart afgrænset definition, som også er målet med Action Plan on BEPS. Det kan diskuteres, hvorvidt 2014 Deliverable opnår dette med pkt. 6.6, og som nævnt i analysen, efterspurgte erhvervslivet en endnu skarpere definition. Der er ingen tvivl om, at pkt. 6.6 ikke kan stå alene som bærende definition, men derimod skal læses sammen med resten af sektion A i 2014 Deliverable.
For at opnå den samlede skarpe definition som erhvervslivet efterspørger, bør OECD tilføje til definitionen i pkt. 6.6, at immaterielle aktiver ikke nødvendigvis skal kunne overføres separat eller være kontraktligt eller juridisk beskyttet. Selvom disse tilføjelser bliver nævnt senere i sektionen, vil de ved at være indsat allerede i den overordnede definition, skarpt afgrænse, hvordan immaterielle aktiver efter 2014 Deliverable defineres. Samtidig vil dette medføre, at 2014 Deliverable allerede her signalerer, at der i transfer pricing sammenhænge gøres op med regnskabsmæssige og juridiske definitioner.

Ved at opstille otte illustrationer af, hvad der typisk omtales som immaterielle aktiver, opnår OECD en internationalt harmoniseret fortolkning af, hvordan netop disse typer skal defineres. Dog er der en illustration som OECD har valgt at tage med blandt de otte, og anerkende, at denne *kan* udgøre et immaterielt aktiv, men samtidig valgt ikke at opstille en præcis definition. Dette gælder illustrationen af goodwill og ongoing concern value.
Som beskrevet i analysen ovenfor, bliver OECD stillet i et dilemma, hvor der skal vælges mellem tvister baseret på manglende begrebsafgrænsning eller tvister, hvor en klar definition ikke stemmer overens med den der allerede anvendes i de fleste lande. Når målet med Action Plan on BEPS er at skabe en klart afgrænset definition og formålet med OECD Guidelines er at opnå en internationalt harmoniseret fortolkning, bør OECD bestræbe sig efter at skabe en illustration af goodwill og ongoing concern value, som er skarpt defineret og klart afgrænset. Dette synspunkt har bred opbakning fra erhvervslivet, der ligeledes mener, at OECD bør gøre en indsats for at definere disse

begreber. Når 2014 Deliverable opstiller en helt ny overordnet definition af immaterielle aktiver, som er endnu bredere end den, der traditionelt anvendes, bliver en klar definition af de forskellige typer af immaterielle aktiver endnu vigtigere, da det derved bliver sværere at inddrage intern ret. Samtidig, hvis OECD opstiller en definition, er der en sandsynlighed for, at denne på sigt vil blive anvendt i de enkelte lande og på den måde på sigt skabe en internationalt harmoniseret fortolkning.

2014 Deliverable fastslår, at omkostninger til forskning og udvikling kan repræsentere værdifulde immaterielle aktiver. OECD bør opstille, under identifikationen, en illustration af, hvornår dette er tilfældet. Der bør ligeledes udarbejdes eksempler til at illustrere, hvordan et immaterielt aktiv i udviklingsfasen kan være udformet.

Efter 2014 Deliverable er det ikke den juridiske ejer, der nødvendigvis er berettiget til al afkast fra de immaterielle aktiver. Derimod skal alle parter, der bidrager til værdiskabelsen af de immaterielle aktiver modtage kompensation for dette og have del i afkastet.
Parterne skal bl.a. kompenseres for de vigtige funktioner de udfører, der relaterer sig til udvikling, vedligeholdelse, forbedring, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver. 2014 Deliverable giver i sin nuværende form ikke et entydigt billede af i hvor høj grad disse funktioner skal udføres. Heller ikke af eksemplerne kan det udledes, hvor meget der skal til før funktionerne betragtes som vigtige funktioner og dermed udløser kompensation. OECD bør derfor i det endelige udkast gøre det endnu mere klart, hvornår en part udfører vigtige funktioner, og særligt i hvor høj grad funktionen skal udføres for at kvalificere som vigtig.
Eksemplerne på området illustrerer på den ene side *ingen udførelse af bestemte funktioner* og på den anden side *al udførelse af bestemte funktioner*, og i disse eksempler opstår der ingen tvivl om, hvornår der skal gives kompensation. OECD bør fremstille eksempler til de tilfælde, hvor en part udfører en *del* af en funktion, udfører en *del* af budgetplanlægningen eller udvikler en *del* af markedsføringsstrategien, samtidig illustrere, hvor meget parterne skal kompenseres i disse tilfælde. OECD bør udarbejde eksempler, hvor der ikke opstår tvivl om, hvornår udførte funktioner udløser kompensation, og i hvor høj grad disse skal udføres.
Under sektionen anvendte aktiver, er fokus på bidrag af finansielle aktiver. OECD bør i det endelige kapitel VI udvide sektionen og inddrage andre typer aktiver. Det bør uddybes, hvordan fysiske aktiver kan finde anvendelse, gælder dette eksempelvis bidrag i form af lokaler eller laboratorier til udviklingen af immaterielle aktiver. Ligeledes bør det uddybes, hvordan immaterielle aktiver kan finde anvendelse, og hvornår anvendelsen af disse medfører kompensation.

Indførelsen af uventede ex post afkast, nødvendiggør eksempler, der præcist illustrerer, hvornår uventet overskud eller underskud skal tildeles den juridiske ejer eller fordeles i koncernen. OECD bør opstille eksempler, der understøtter principperne for uventede ex post afkast.

6. Konklusion

Formålet med afhandlingen var for det første at undersøge retsgrundlaget for OECD Guidelines. Det kan konkluderes, at OECD Guidelines skal læses som en integreret del af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst og dermed udgør et primært fortolkningsmiddel til dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dobbeltbeskatningsoverenskomster skal ifølge Wienerkonventionen fortolkes loyalt og med særlig vægt på ordlyden, og giver ikke selvstændig hjemmel til priskorrektion. Når et nyt kapitel VI bliver indsat i OECD Guidelines, er der tale om en ændring af fortolkningen af immaterielle aktiver, og der skal derfor anvendes en statisk fortolkning.

Formålet med afhandlingen var for det andet at analysere forarbejdet til 2014 Deliverable samt at undersøge OECD's tilgang til revisionen af kapitel VI. Her kan det udledes, at der var behov for en revision, da det nuværende kapitel volder problemer i praksis, og at OECD har udvist en struktureret, målrettet og ambitiøs tilgang til projektet. Derudover har OECD løbende konsulteret erhvervslivet samt anmodet om kommentarer, og det er tydeligt, at OECD i høj grad har anvendt disse kommentarer til udarbejdelsen af både Discussion Draft og 2014 Deliverable.

Hovedformålet var at analysere 2014 Deliverable og dermed opnå en forståelse for, hvordan immaterielle aktiver skal behandles i transfer pricing sammenhænge. Den første del af analysen vedrørte definitionen og identifikationen af immaterielle aktiver, og denne har ændret sig betydeligt fra det nuværende kapitel VI, og der gøres op med den traditionelle opfattelse af immaterielle aktiver. Efter 2014 Deliverable skal immaterielle aktiver ikke nødvendigvis være juridisk eller kontraktligt beskyttet ligesom det ikke er en betingelse, at de kan overføres separat. Dette er en betydelig udvidelse af begrebet immaterielle aktiver, og medfører, at der i fremtiden vil blive identificeret langt flere immaterielle aktiver indenfor transfer pricing. Der bliver i 2014 Deliverable opstillet illustrationer, der er med til at sikre en harmoniseret fortolkning af de forskellige typer af immaterielle aktiver. I lyset af Action Plan on BEPS, hvor målet var en klart afgrænset definition, er 2014 Deliverable et skridt i den rigtige retning. 2014 Deliverable indeholder dog stadig en bred definition, hvilket nødvendiggør en præcis afgrænsning i illustrationerne, og særligt illustrationen af goodwill lever ikke op til dette.

Den anden del af analysen af 2014 Deliverable vedrørte ejerskab til immaterielle aktiver samt hvilke parter, der er berettiget til afkast. Efter denne analyse, kan det konkluderes, at afkast fra de immaterielle aktiver skal allokeres ud fra økonomiske principper og dermed økonomisk ejerskab.
Ved analysen af, hvilke parter, der er berettiget til afkast former det juridiske ejerskab og kontraktlige forhold udgangspunktet. Juridisk ejerskab giver dog ikke i sig selv retten til al afkast, det skal derimod testes, hvilke aktiviteter, der bidrager til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af de immaterielle aktiver. Denne økonomiske test er baseret på tre step og omfatter, udførte vigtige funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici.
Dermed, hvis den juridiske ejer skal være berettiget til al afkast, skal denne udføre alle vigtige funktioner eller arrangere at andre udføre funktionerne under deres kontrol, bidrage med alle anvendte aktiver og påtage sig al risici i forbindelse med det immaterielle aktiv.
Er det derimod andre end den juridiske ejer, der varetager disse aktiviteter, opnår de økonomisk ejerskab og afkast fra det immaterielle aktiv skal derfor allokeres til de økonomiske ejere.

Dernæst har 2014 Deliverable indsat en analyse til fordeling af uventede ex post afkast. Det kan konkluderes ud fra denne analyse, at afkast, der overstiger det forventede afkast skal fordeles mellem de parter, der bidrager til værdiskabelsen af det immaterielle aktiv, fremfor automatisk at overgå til den juridiske ejer.

USA har altid været normdannende indenfor transfer pricing, og det er tydeligt, at 2014 Deliverable er inspireret af amerikanske principper. Ligeledes af eksemplerne kan der drages paralleller til sager, der udspiller fra USA.

7. Perspektivering

Med 2014 Deliverable kan det forventes, at der vil blive identificeret flere immaterielle aktiver til brug i transfer pricing sammenhænge end tidligere. Det kan samtidig forventes, at der vil blive flere ejere af de immaterielle aktiver som følge af det økonomiske ejerskab. Når der er blevet introduceret en ny definition, kan man forestille sig, at der i den første periode af anvendelsen af definitionen vil komme flere transfer pricing sager, for at afprøve, hvor langt definitionen strækker sig. Man kan ligeledes forestille sig, at der vil være sager vedrørende vigtige funktioner. Når det med 2014 Deliverable bliver indført, at dem der udfører vigtige funktioner skal modtage kompensation, er det en mulighed for skattemyndighederne, at identificere ejerskab i flere selskaber, og det vil blive afprøvet, hvornår funktioner udgør vigtige funktioner, og i hvor høj grad de skal udføres.

2014 Deliverable har til formål at skabe en internationalt harmoniseret fortolkning af immaterielle aktiver. Samtidig har IAS 38 til formål at harmonisere regnskabsaflæggelsen på området for immaterielle aktiver og derved sikre investorbeskyttelsen. Det vil sige, at to internationale organisationer regulerer det samme område, og det vil blive diskuteret, hvilke problemstillinger dette medfører.

2014 Deliverable medfører, at langt flere immaterielle aktiver vil blive identificeret i transfer pricing sammenhænge, end der vil være bogført i virksomhedens balance. IAS 38 har til formål at sikre investorbeskyttelsen, og IAS 38's meget strenge krav til, hvornår et immaterielt aktiv må indgå i balancen må formodes netop at være et forsigtighedsprincip, der sikrer, at investorer investerer i virksomheder, hvor de immaterielle aktiver med sikkerhed har en økonomisk værdi og ikke investerer i troen om, at et selskab havde værdifulde immaterielle aktiver, men som senere viste sig ikke at indfri forventningerne.
Som følge af 2014 Deliverable, risikerer investorer at investere i virksomheder, som har værdifulde immaterielle aktiver, men som ikke fremgår af virksomhedens balance eller hvor virksomheden ikke er berettiget til afkast som følge af 2014 Deliverable.

Et immaterielt aktiv kan efter IAS 38 indgå i balancen, hvis virksomheden har juridiske rettigheder, kontrol og kan forvente fremtidige økonomiske fordele. Hertil kan en investor foranlediges til at tro, at ud fra de regnskabsmæssige principper, tilgår al afkast den juridiske ejer af det immaterielle aktiv. Men som det fremgår af analysen af 2014 Deliverable ovenfor, er parterne som udfører funktioner, anvender aktiver og påtager risici berettiget til afkast. Dette er et område som IAS 38 ikke behandler, og som betyder, at en investor ikke alene ud fra et selskabs regnskab kan vurdere med

sikkerhed, hvor meget afkast fra det immaterielle aktiv selskabet er berettiget til.

Det er ikke kun investorerne, den forskellige behandling kan have en konsekvens for. Rådgiverne på området, skal ligeledes jonglere med flere definitioner af det samme koncept. Den pulje aktiver, der kvalificerer til immaterielle aktiver efter IAS 38 skal formentlig også altid tages i betragtning efter 2014 Deliverable. Alligevel er der steder i 2014 Deliverable, hvor der henvises til de regnskabsmæssige principper på området. Rådgivere skal derfor ikke bare kunne begå sig efter 2024 Deliverable, der omfatter den største gruppe af immaterielle aktiver, men også være i stand til at lægge de definitioner til i IAS 38, som 2014 Deliverable henviser til.

At immaterielle aktiver bliver behandlet anderledes i transfer pricing sammenhænge sammenlignet med den regnskabsmæssige behandling, kan muligvis begrundes med, at der mellem koncernforbundne parter ofte bliver overført unikke immaterielle aktiver, som ikke ville blive overført mellem uafhængige parter. Derudover bliver der ofte overført en "pakke" af immaterielle aktiver mellem koncernforbundne, som også betyder at aktiver med en økonomiske værdi som ikke kan overdrages separat eller hidrører fra juridiske rettigheder bliver overført som en del af "pakken", men som ikke kvalificerer til definitionen efter IAS 38.
Faktum er dermed, at der indenfor koncerner bliver overført værdifulde immaterielle aktiver selvom disse ikke har en bogført værdi, og disse har 2014 Deliverable til formål at identificere for at sikre, at immaterielle aktiver, der bliver overført også bliver kompenseret på armslængde.

Litteraturfortegnelse

Artikler og tidsskrifter

Wittendorff, Jens, *At Arm's Length, 'Shadowlands': The OECD on Intangibles*, Tax Notes International, September 3, 2012

Wittendorff, Jens, *More Black Smoke From the OECD's Chimney – Third Draft on Intangibles,* Tax Notes International, January 12, 2015

Lagarden, Martin, *Intangibles in a Transfer PRicing Context: Where Does the Road Lead?,* International Transfer Pricing Journal, September/October 2014

Helderman, Loek, et al., *The Revised OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles,* International Transfer Pricing Journal, January/February 2014

EY, *OECD issues updated guidance under BEPS Action 8 on transfer pricing aspects of intangibles,* Global Tax Alert, September 2014

Bøger

Blume, Peter, *Juridisk Metodelære,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 1. oplag, 2009

Bundgaard, Jakob et al., *Armslængdeprincippet og Transfer Pricing*, Magnus Informatik A/S, 1. udgave 1. oplag, 2001

Michelsen, Aage, *International Skatteret*, Forlaget Thomson A/S, 3. udgave, 1. oplag, 2003

Nielsen, Ruth, *Retskilder & Retsteorier,* Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. udgave, 1. oplag, 2011

Winther-Sørensen, Niels et al., *Skatteretten 3,* Karnov Group, 6. udgave, 1. oplag, 2013

Wittendorf, Jens, *Armslængdeprincippet i Dansk og International Skatteret,* Thomson Reuters, 1. udgave, 1. oplag, 2009

Elektroniske udgivelser og hjemmesider

http://www.oecd.org/about/ (26.07.2015)

OECD (2012), *Directory of Bodies of the OECD*, http://www.oecd-ilibra-ry.org/docserver/download/0112021e.pdf?expires=1437909693&id=id&accname=guest&checksum=756EACDD2466B53FAE9941DD2BB28444 (26.07.2015)

OECD (2010), *OECD invites comments on the scoping of its future project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-pri-cing/oecdinvitescommentsonthescopingofitsfutureprojectonthetransferpricingaspectsofintangibles.htm (29.04.2015)

OECD (2015), *Transfer Pricing Aspects of Intangibles – News and Events,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transferpricingaspectsofintangibles-newsandevents.htm (29.04.2015)

OECD (2015), *Transfer Pricing - Latest docments,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/latestdocuments/ (29.04.2015)

OECD (2010), *OECD approves the 2010 Transfer Pricing Guidelines,* http://www.oecd.org/ctp/treaties/oecdapprovesthe2010transferpricingguidelines.htm (29.04.2015)

OECD (2010), *Public comments received on the scoping of a new project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles,* http://www.oecd.org/ctp/administration/publiccommentsreceivedonthescopingofanewprojectonthetransferpricingaspectsofintangibles.htm (29.04.2015)

OECD (2010), *OECD meets with business commentators in the scoping of its projet on the transfer pricing aspects of intangibles,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-

pri-
cing/oecdmeetswithbusinesscommentatorsonthescopingofitsprojectonthetransferpricingaspectsof
intangibles.htm (29.04.2015)

OECD (2011), *OECD releases a scoping document for its new project on the transfer pricing aspects of intangibles,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-
pri-
cing/oecdreleasesascopingdocumentforitsnewprojectonthetransferpricingaspectsofintangibles.ht
m (29.04.2015)

OECD (2011), *OECD meets with business commentators in the valuation of intangibles for transfer pricing purposes 7-9 November 2011,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-
pri-
cing/oecdmeetswithbusinesscommentatorsonthevaluationofintangiblesfortransferpricingpurposes
7-9november2011.htm (29.04.2015)

OECD (2012), *Tax: OECD to simplify transfer pricing rules,*
http://www.oecd.org/newsroom/taxoecdtosimplifytransferpricingrules.htm (29.04.2015)

OECD (2012), *Discussion Draft – Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/50526258.pdf (30.04.2015)

OECD (2012), *The comments received with respect to the discussion draft revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions 29 Octoer 2012,* http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Intangibles_Comments.pdf (30.04.2015)

OECD (2012), *OECD meets with business commentators on the discussion drafts on Intangibles, Safe Harbours and Timing Issues, http://www.oecd.org/ctp/transfer-
pri-
cing/oecdmeetswithbusinesscommentatorsonthediscussiondraftsonintangiblessafeharboursandtiming
issues.htm* (16.06.2015)

OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, http://www.loyensloeff.com/nl-NL/Documents/OECD.pdf (30.04.2015)

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf (30.04.2015)

OECD (2013), *Closing tax gaps – OECD launches Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, http://www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launches-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm (30.04.2015)

OECD (2013), *Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 30 July 2013*, *http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/revised-discussion-draft-intangibles.pdf* (02.06.2015)

OECD (2013), *OECD invites public comments on the Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, *http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/intangibles-discussion-draft.htm* (02.06.2015)

OECD (2013), *OECD publishes comments received on the Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intagibles*, *http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/comments-intangibles-discussion-draft.htm* (02.06.2015)

OECD (2013), *OECD consults on transfer pricing matters*, *http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/oecd-consults-on-transfer-pricing-matters.htm* (03.06.2015)

OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action 8: 2014 Deliverable*, *http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/guidance-on-transfer-pricing-aspects-of-intangibles-9789264219212-en.htm* (03.06.2015)

OECD (2015), *Public Discussion Draft BEPS Action 8: Revisions to chapter VIII of the Transfer Pricing Guidelines on Cost Contribution Arrangements (CCAs) 29 April 2015 – 29 May 2015*, *http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-beps-action-8-cost-contribution-arrangements.pdf* (16.06.2015)

The Wallstreet Street Journal Online (2006), *Glaxo to Settle Tax Dispute With IRS Over U.S. Unit for $3.4 Billion,* *http://pages.stern.nyu.edu/~dbackus/Taxes/Glaxo%20taxes%20WSJ%20Oct%2028%2006.pdf* (24.08.2015)

OECD (2012), Directory of Bodies of the OECD, http://www.oecd-ilibra-ry.org/docserver/download/0112021e.pdf?expires=1440435702&id=id&accname=guest&checksum=7366A78ABD615FE4AE176FB12DF92B62 (24.08.2015)

IAS 38 – Immaterielle Aktiver